

**Die fristlose Entlassung als äußerste betriebliche
Sanktion (ultima ratio) bei Pflichtenverstößen im
Arbeitsverhältnis und ihre Beschränkung durch
Betriebsbußen als mildere Mittel**

Peter Heller

1974

Die fristlose Entlassung als äußerste betriebliche
Sanktion (ultima ratio) bei Pflichtenverstößen im
Arbeitsverhältnis und ihre Beschränkung durch
Betriebsbußen als mildere Mittel

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Peter Heller

1974



Referent: Prof.Dr. Ernst Steindorff

Korreferent: Prof.Dr. Götz Hueck

Tag der mündlichen Prüfung: 15.Juli 1974

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Einleitung 1

1. Teil

Die fristlose Entlassung als ultima ratio

§ 1: Allgemeines 6

I. Die Bedeutung der außerordentlichen Kündigung im allgemeinen 6

II. Der Stand der Meinungen zur ultima ratio-Funktion 7

1. Vergleichende Darstellung der Rechtsprechung zum Ausschluß eines Gesellschafters

2. Meinungsstand bezüglich der außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB

§ 2: Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB 9

§ 3: Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung als Indikator der ultima ratio-Funktion der außerordentlichen Kündigung 12

I. Die Unzumutbarkeitsformel als Wertungsproblem 12

II. Analyse des Unzumutbarkeitsbegriffs 12

III. Die Bedeutung der ultima ratio-Funktion für die aok 14

2. Teil

Betriebsbußen als mildere Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung gemäß

§ 626 BGB

1. Abschnitt: Die Zulässigkeit der "Betriebsjustiz"

§ 4: <u>Geschichtlicher Überblick und Rechtstatsachen-</u> <u>material</u>	16
I. Begriffliches	16
II. Geschichtliches	17
III. Rechtstatsachenmaterial	20
<u>A. Die rechtlichen Grundlagen der Betriebsbußen</u> <u>(Zulässigkeit im weiteren Sinn)</u>	
§ 5: <u>Die betriebliche Strafgewalt</u>	22
I. Darstellung des Meinungsstands	22
1. § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG	
2. Gewohnheitsrecht	
3. Herrschaftstheorie	
4. Ansicht Söllners	
5. Strafbefugnis der autonomen Betriebs-	
gemeinschaft	
II. Eigene Ansicht	37
§ 6: <u>Die Rechtsnatur der Betriebsbußen</u>	38
I. Die Argumente der Vertragsstrafengegner	38
II. Eigene Meinung	42
1. Die unechte Vertragsstrafe als all-	
gemeine Grundlage für Privatstrafen	

2. Kritik an den einzelnen Argumenten der Vertragsstrafengegner
3. Zusätzliche Argumente für die Vertragsstrafentheorie

III. Ergebnis 56

§ 7: Verfassungsmäßige und andere grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit von Betriebsbußen 57

I. Verfassungsmäßige Bedenken 57

1. Verstoß gegen die Artt. 92, 101 Abs. 1 S. 2 und 103 Abs. 3 GG ?
2. Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG ?

II. Sonstige grundsätzliche Bedenken gegen Betriebsbußen 63

1. Kriminalpolitische Bedenken
2. Arbeitsrechtliche Schranken
3. Kritik an der Auffassung Schumanns
4. Zum richtigen Verständnis der Betriebsbußen

B. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen (Zulässigkeit im engeren Sinn) 74

§ 8: Die verschiedenen Vereinbarungsmöglichkeiten 74

I. Die Zulässigkeit einzelvertraglicher Vereinbarung 74

II. Kollektivvertragliche Vereinbarung 77

1. Zulässigkeit von Vereinbarungen in Tarifverträgen
2. Zulässigkeit von Betriebsbußenregelungen in Betriebsvereinbarungen

III. Das Verhältnis der verschiedenen Vereinbarungsmöglichkeiten zueinander 85

§ 9: <u>Sonstige Zulässigkeits- und Verfahrens-</u> <u>voraussetzungen</u>	86
I. Die Bußtatbestände	86
II. Allgemeine Verfahrensfragen	88
1. Allgemeines	
2. Die zur Verhängung der Bußen befugte Stelle	
3. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats?	
§ 10: <u>Die Sanktionen</u>	91
2. Abschnitt: <u>Die Entlassung als betriebliche</u> <u>Sanktion</u>	
§ 11: <u>Darstellung des Meinungsstands</u>	93
I. Die Ansicht der Rechtsprechung	93
1. Die Rechtsprechung des RAG	
2. Heutige Rechtsprechung	
II. Die Meinungen in der Literatur	99
§ 12: <u>Vergleichende Umschau in anderen Rechts-</u> <u>gebieten</u>	108
I. Ausschluß als Vereinsstrafe?	109
II. Der Ausschluß eines Gesellschafters als Strafe?	110
III. Die Entlassung von Beamten als Strafe?	111
IV. Die strafweise Entlassung der Werkstä- tigen in der DDR	111
§ 13: <u>Eigene Stellungnahme</u>	112
I. Die rechtliche Unbestimmtheit eines allgemeinen Strafbegriffs	112

II. Zur Frage der Zulässigkeit einer strafweisen Entlassung als selbständiges Rechtsinstitut neben dem Kündigungsrecht	113
III. Die Kündigung als vertragsrechtliche Sanktion	115
IV. Ergebnis	116
§ 14: <u>Die Kriterien der strafweisen Entlassung</u>	117
I. Das Verhältnis der Betriebsbußen zur Entlassung	117
II. Die Bußtatbestände der Betriebsbußen und zwingende Entlassungsgründe?	117
1. Darstellung des Meinungsstands	
2. Eigene Meinung	
3. Ergebnis	
III. Der wichtige Grund bei der strafweisen Entlassung	123
IV. Verfahrensvoraussetzungen bei der strafweisen Entlassung	125
V. Rechtsschutz gegen die strafweise Entlassung	126

3. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse und rechtspolitische Schlußfolgerungen

§ 15: <u>Zusammenfassung der Ergebnisse</u>	127
§ 16: <u>Rechtspolitische Erwägungen</u>	129

Literaturverzeichnis

- | | |
|-----------------------------------|---|
| Adomeit | Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht,
München 1969 |
| Amelunxen | Ordnungsstrafen im Betrieb, Der
Arbeitgeber, 1966, 716 |
| Arndt | Private Betriebs-"justiz"?, NJW 65,
26 |
| Autorenkollektiv | Arbeitsrecht der DDR, Berlin 1970 |
| Baudasch | Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., 1973 |
| Baumann | Eine Sonderentwicklung des Arbeits-
rechts?, ZZP 84, 297 |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, 20.Aufl.,
München 1972 |
| Baur | Betriebsjustiz, JZ 65, 163 |
| Beyer | Die Kriminalität in Betrieben der
Schwerindustrie in den Jahren
1954 - 1960, Diss.Bonn 1963 |
| Bettermann-Scheuner-
Nipperdey | Die Grundrechte, Bd.III 2.Halbband,
Rechtspflege und Grundrechtsschutz,
Berlin 1958 |
| Bickel | Die normative Wirkung von Betriebs-
vereinbarungen, ZfA 71, 181 |
| Bobrowski-Gaul | Arbeitsrecht, 6.Aufl., Heidelberg
1970 |

- Böttcher Bestandsschutz und Vertragsinhalts-
schutz im Lichte der Änderungskündi-
gung, Festschrift für Molitor,
München-Berlin 1962
- Wesen und Arten der Vertragsstrafe
sowie deren Kontrolle, ZfA 70, 3 ff
- Böttner Das Direktionsrecht des Arbeitgebers,
Marburg 1971
- Bovermann Die Betriebsjustiz in der Praxis,
" Diss. Köln 1969
- Brecht Betriebsverfassungsgesetz, Herne-
Berlin 1972
- Buche Der Grundsatz der Zumutbarkeit im
Arbeitsrecht, SchlHA 69, 172
- Canaris Funktionelle und inhaltliche Grenzen
kollektiver Gestaltungsmacht bei der
Betriebsvereinbarung, AuR 66, 129
- Dahrendorf Sozialstruktur des Betriebs - Betriebs-
soziologie, Die Wirtschaftswissenschaften,
Beitrag Nr.46, Wiesbaden 1959
- Dengler Betriebsstrafe bei innerbetrieblichen
kriminellen Verstößen?, Diss. Münster
1968
- Denkl Die Zulässigkeit von Geldbußen im Be-
trieb, Diss. München 1970
- Dersch Anm. zu LAG Frankfurt AP Nr.19 zu
§ 626 BGB
- Dietz Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar,
4. Aufl. München-Berlin 1967

Dietz-Richardi	Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 5.Aufl. München 1973
Dietz	Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"
-	Der Anspruch auf Abschluß einer Betriebsvereinbarung nach § 56 BetrVG, Festschrift für Nipperdey, München-Berlin 1955, S.47 ff
Dreiss/Eitel-Dreiss	Unfreiwilliges Ausscheiden aus Gesellschaften, Bergisch-Gladbach 1971
Dütz	Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Bad Homburg 1970
Erdmann/Jürging/ Kammann	BetrVG, Kommentar, Neuwied und Berlin 1972
Ermann	Kommentar zum BGB, 5.Aufl., Münster 1972
Esser	Schuldrecht, Bd.1, Allg.Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970
Fabrizius, Kraft, Thiele, Wiese	BetrVG, Kommentar, Neuwied-Berlin, 1974
Feest-Mezger- Preziger	Betriebskriminalität und Betriebsjustiz, KJ 72, 83
Flatow	Anm. zu RAG ARS 10, 489
Flume	Die Vereinsstrafe, Festschrift für Bötticher, Berlin 1969, S.101 ff
Forsbach	Die Kriminalität in Betrieben der Großindustrie in den Jahren 1946 - 1952, Diss. Bonn 1953

- Franzheim Die Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Betriebsjustiz, JR 65, 459
- Werkschutzrecht, K81n 1966
- Frey Die Zumutbarkeit - ein arbeitsrechtliches Leitmotiv, JZ 55, 106
- Gagel Die Betriebsbuße in der privaten Wirtschaft, Diss. Heidelberg 1963
- Galperin Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung, DB 64, 1114
- Betriebsjustiz - ihre Zulässigkeit und Grenzen, BB 70, 933
- Begriff und Wesen des Betriebsverbands, Arbeitsrecht der Gegenwart, 1.Bd., Berlin 1964, S.75 ff
- Galperin-Siebert Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 4.Aufl., Heidelberg, 1963
- Gamillscheg Arbeitsrecht, 3.Aufl., München 1973
- Gaul "Betriebsjustiz" als zulässige Konkurrenz der R_echtspflege?, DB 65, 665
- Goos Die Kriminalität in Betrieben der Elektroindustrie, Diss. Bonn 1963
- Grimmer Die Erweiterung betrieblicher Mitbestimmungsrechte bei der außerordentlichen Kündigung, AuR 71, 179
- Halberstadt Betriebsjustiz - Kriminalität und Arbeitsordnung, BlStSozArbR 65, 59

Hanau-Adomeit	Arbeitsrecht, Frankfurt 1972
Harbeck	Probleme der Betriebsgerichtsbarkeit, Diss. Köln 1969
-	Materielle Grundlagen der betrieblichen Strafbefugnis, AuR 71, 173
Haslinger	Probleme bei der Verhängung betrieblicher Disziplinarmaßnahmen, ZAS 67, 97 ff, 134 ff
Heinsheimer	Mitgliedschaft und Ausschließung, Berlin 1913
Henkel	Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Mezger, München 1954, S.249
Herbst	Betriebliche Ordnungsstrafen, BB 65, 419
Herschel	Schutz der Betriebszugehörigkeit im Wandel der Zeiten, DB 73, 80
-	Zumutbarkeit anderer Arbeit und Sozialprestige, AuR 68, 195
-	Betriebsbußen - Ihre Zulässigkeit und Voraussetzungen, Köln 1967
-	Beschränkung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung, Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S.49
-	Beschränkung der außerordentlichen Kündigung, insbesondere durch zusätzliches Mitbestimmungsrecht, Die Betriebsverfassung 1957, 181

- Hoerster Handlexikon der Rechtswissenschaft,
1972, hrsg. von Axel Görlitz
- Huber Mitwirkungsrechte der Personalvertre-
tung bei der Verhängung von Dienst-
und Ordnungsstrafen, ZBR 59, 352
- Hueck, Alfred Kündigungsschutzgesetz, Kommentar,
9. Aufl. bearbeitet von G. Hueck,
München 1974
- Das Recht der OHG, 4.Aufl., München
1971
- Anm. zu RAG ARS 36, 418 (421)
- Anm. zu BAG AP Nr.8 zu § 124a GewO
- Hueck-Nipperdey Arbeitsrecht, Bd.I, 7.Aufl., Berlin-
Frankfurt 1963
Bd.II 2, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt
1970
- Hueck, Götz Die Betriebsvereinbarung, Münster-
Köln 1952
- Isele Anm. zu BAG JZ 68, 335 (338)
- Kammann Zulässigkeit von Betriebsbußen, DB 69,
2132
- Kaiser Die sogenannte Betriebsjustiz im
Lichte der staatlichen Rechtspflege,
BB 66, 1107
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin-Göttin-
gen 1957

Kienapfel	Betriebskriminalität und Betriebs- bußen, JZ 65, 599
Klingelhöfer	Betriebliche Bußen, Die Mitbestimmung 1957, 146
Koch	Betriebliche Ordnungsstrafen, BB 54, 565
Küchenhoff	Anm. zu BVerwG AP Nr.2 zu § 66 PersVG
Lämmerhirt	Die auf Druck am Arbeitsverhältnis nicht beteiligter Dritter erfolgende Kündigung seitens des Arbeitgebers, Marburg 1973
Larenz	Zur Rechtmäßigkeit einer "Vereins- strafe", Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S.45 ff
-	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl. Berlin-Heidelberg-New York 1969
Leinemann	Betriebsbußen - Betriebs- oder Ver- tragsstrafen?, AuR 70, 134
-	Die "Betriebsgemeinschaft", BUV 71, 49
Lentzke, Manfred von	Betriebsjustiz, Diss. Köln 1972
Lindacher	Phänomenologie der Vertragsstrafe, Frankfurt 1972
Lisiecki,	Reaktionsformen von Betrieben auf innerbetriebliche kriminelle Vor- gänge, Diss. Hamburg 1966

- Löwisch-Würthenberger Vertragsstrafe und Betriebsstrafe im
Arbeitsrecht, JuS 70, 261
- Luhmann, Ulrich Vertragsrechtliche Sanktionen und
betriebliche Strafgewalt bei Ord-
nungsverstößen im Arbeitsverhältnis,
Diss. Regensburg 1973
- Maiberg Gesellschaftsrecht, Bonn 1972
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz, Loseblattsammlung,
Stand 1971
- Meyer-Cording Die Rechtsnormen, Tübingen 1971
- Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957
- Betriebsstrafe und Vereinsstrafe im
Rechtsstaat, NJW 66, 225
- Molitor Die Kündigung, 2.Aufl., Mannheim 1951
- Grund und Grenzen des Weisungsrechts,
RdA 59, 2
- Neumann Die Rechtsgrundlage von Betriebsstraf-
androhungen, RdA 68, 250
- Neumann-Duesberg Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960
- Nikisch Arbeitsrecht, Bd.I 3.Aufl., Tübingen
1961
Bd.III, 2.Aufl., Tübingen 1966
- Arbeitsverhältnis und Gerichtsschutz,
NJW 64, 2387
- Die Mitwirkung und Mitbestimmung des
Betriebsrats in sozialen Angelegen-
heiten nach dem Betriebsverfassungs-
gesetz, BB 53, 175 ff

Nikisch	Anm. zu BAG SAE 66, 129
Nipperdey	Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Mannheim, Berlin, Leipzig 1921
Palandt	BGB, Kommentar, 33. Aufl., München 1974
Pieper	Die Systematik des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung insbesondere bei Arbeitsverhältnissen, Diss. Köln 1956
Potthoff	Die Strafgewalt des Arbeitgebers, GruchBeitr. Bd.68, 287
-	Die Entlassung als Strafe, AR 28. 203
Reichert-Dannecker-Kühr	Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, Neuwied und Berlin 1970
Reuß	Anm. zu BAG AuR 68, 127
Richardi	Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968
Rüthers	Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt 1972
Sabin	Anm. zu LAG Düsseldorf, SAE 52, 43
Säcker	Inhaltliche Grenzen der Betriebs- und Dienstvereinbarungsautonomie, AR-Blattei, Betriebsvereinbarung, III, B 5

Schaper	Die Entlassung als Betriebsbuße, Diss. Köln 1971
Schaub	Arbeitsrechts-Handbuch, München 1972
Schlessmann	Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, München 1962
Schmidt	Kriminalität in der eisenschaffenden Industrie 1951 - 1957, Diss. Bonn 1963
Schmidt-Bleibtreu/ Klein	Grundgesetz, Kommentar, 2.Aufl., 1969 Neuwied-Berlin
Schnorr	Bemerkungen zum Disziplinarrecht des Arbeitgebers, RdA 68, 452
Schnorr von Carols- feld	Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 242 BGB
Schumann	Abschied von der Betriebsjustiz, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S.323 ff
Schumm-Garling	Herrschaft in der industriellen Ar- beitsorganisation, Frankfurt 1972
Sieg	Gerichtliche Nachprüfung verhängter Betriebsstrafen, RdA 54, 361
Siebert	Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, Festschrift für Nipperdey, München-Berlin 1955, S.119 ff
Söllner	Arbeitsrecht, 3.Aufl., Stuttgart- Berlin-Köln-Mainz 1973
-	Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966

Söllner	Anm. zu BAG JZ 66, 801 (803)
Sörgel-Siebert	BGB, Kommentar, 10.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
Sommer	AR-Blattei, D-Blatt, "Betriebsbußen"
Stadler	Voraussetzungen und Grenzen von Betriebsbußen, BB 68, 801
Stahlhacke	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2.Aufl., München 1972
Staudinger	BGB, Kommentar, Bd. II, 11.Aufl., Berlin 1958
Tegtmeyer	Ist Betriebsjustiz unzulässig?, Arbeit und Sozialpolitik 1966, 325
Weitnauer	Vereinsstrafe, Vertragsstrafe, und Betriebsstrafe, Festschrift für Reinhardt, Köln-Marienburg 1972, S.179 ff
Westermann, H.P.	Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, Bielefeld 1972
Zöllner	Betriebsjustiz, ZZP 83, 365

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AG	Arbeitgeber
AN	Arbeitnehmer
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
aoK	außerordentliche Kündigung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
AR	Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BAT	Bundesangestelltentarif
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlStSozArbR	Blätter für Steuer, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BR	Betriebsrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Bundestag
BT DruckS	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BUV	Betriebs- und Unternehmensverfassung
bzw.	beziehungsweise

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Diss.	Dissertation
FN	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GruchBeitr.	Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
h.M.	herrschende Meinung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kriminologisches Journal
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PersVG	Personalvertretungsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchlHA	Schleswig Holsteinische Anzeigen
s.o.	siehe oben
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz

u.	unten, und
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
w.G.	wichtiger Grund
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrechts
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Der überwiegende Teil der Bevölkerung unseres Staates ist gezwungen, sich seinen Lebensunterhalt durch unselbständige Arbeit zu verdienen. Grundsätzlich ist daher ein gesicherter Arbeitsplatz für die Arbeitnehmer von lebenswichtiger Bedeutung. Dem entspricht die Tendenz, das Recht am Arbeitsplatz¹⁾ allgemein als ein zu schützendes Rechtsgut anzusehen²⁾. Hierzu gehört auch der Schutz der Betriebszugehörigkeit³⁾, dem gerade der Gesetzgeber durch die Einführung der vielfältigen Kündigungsschutzbestimmungen besondere Rechnung getragen hat⁴⁾. Grundsätzlich ist durch diese Bestimmungen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber an erschwerte Voraussetzungen geknüpft⁵⁾.

-
- 1) nicht zu verwechseln mit dem Recht auf Arbeit, das z.B. in der DDR verfassungsrechtlich garantiert wird (vgl. Art 24 Abs.1 VerfDDR). Ähnlich auch die Europäische Sozialcharta in Teil I Ziff.1, die auch in der BRD gilt (BGBl.1964, II, S.1261 ff).
 - 2) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd.I, 7.Aufl., S.381; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 1972, S.42 u. 158; Söllner, Arbeitsrecht, 3.Aufl., S.210; BAG AP Nr.2 zu § 70 BAT
 - 3) Böttcher, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung, in Festschrift für Erich Molitor, München-Berlin 1962, S.123; Herschel, Schutz der Betriebszugehörigkeit im Wandel der Zeiten, DB 73,80 (82); Hueck-Nipperdey, Bd.I, S.381, FN. 3; BAG NJW 73, 1819 (1820)
 - 4) vgl. vor allem das KSchG v. 25.8.1969 (BGBl.I, S.1317)
 - 5) vgl. § 1 KSchG

Vor allem ist die ordentliche Kündigung auch an eine mehr oder weniger lange Kündigungsfrist gebunden. Lediglich in den Fällen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden unter Beachtung der beiderseitigen Interessen nicht mehr zumutbar ist, gestattet § 626 BGB - sozusagen als Notventil - die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist¹⁾.

Gerade bei schuldhaften Verstößen des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten, insbesondere auch bei Verstößen gegen die betriebliche Ordnung ist die fristlose Kündigung eine überaus häufige Reaktion des Arbeitgebers²⁾.

Allerdings ist dieser Rechtsbehelf bei nicht besonders gravierenden Verstößen des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten wenig praktikabel, da hier meist das Interesse des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers - vor allem, wenn dieser fachlich qualifiziert ist - gegenüber der Entlassung überwiegt³⁾.

Daher ist es seit langem üblich, besonders bei Verstößen gegen die betriebliche Ordnung, die Arbeitnehmer durch mildere Maßnahmen wie Verwarnung, Verweis, Geld-

1) Nach h.M. ist die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses allerdings nicht notwendiges Merkmal der aOK. Diese kann vielmehr auch befristet ausgesprochen werden, vgl. BAG AP Nr.31 zu § 626 BGB; Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 59 I; Nikisch, Bd.I, § 50 I1; Molitor, Die Kündigung, 2.Aufl., S.252

2) vgl. Feest-Metzger-Pregizer, Betriebskriminalität und Betriebsjustiz, KJ 72, 83 (89); Forsbach, Die Kriminalität in Betrieben der Großindustrie in den Jahren 1946 - 1952, Diss. Bonn 1953, S.27; Dengler, Betriebsstrafe bei innerbetrieblichen kriminellen Verstößen? Diss. Münster 1968, S.44 f

3) vgl. Zöllner, Betriebsjustiz, ZZP 83, 377

buße und Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz zu "disziplinieren", eine Erscheinung, die erst in den letzten Jahren wieder die Gemüter unter dem Namen "Betriebsjustiz" bewegt hat¹⁾.

Nach der bisher üblichen Auffassung wird durch die Betriebsbußen das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht eingeschränkt²⁾, vielmehr bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, den Arbeitnehmer von vorneherein auch zu entlassen³⁾. Insofern sichert die "Betriebsjustiz" den Arbeitsplatz nur mäßig⁴⁾ und erscheint eher als ein Mittel für den Arbeitgeber, "sich an der Arbeitsmarktlage und den Interessen des Betriebs, an Täter und Tat ausrichten zu können und vor der ultima ratio der Kündigung andere Einwirkungsmöglichkeiten auf den Arbeitnehmer zu gewinnen"⁵⁾.

Aus dem Gesichtspunkt des Bestandschutzes des Arbeitsverhältnisses als schützenswertes Rechtsgut könnte das Instrument der "Betriebsjustiz" dann sinnvoll und nützlich sein, wenn es mit seinen weniger einschneidenden Maßnahmen der fristlosen Entlassung obligatorisch vorgeschaltet wäre und wenn dadurch der Anwendungsbereich der außerordentlichen Kündigung wirkungsvoll

1) vgl. Baur, Betriebsjustiz, JZ 65, 163

2) a.A. aber LAG Düsseldorf SAE 52, 43 mit ablehnender Anm. von Sabin

3) vgl. Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1972, S.95; gerade die fristlose Entlassung wird vom Arbeitgeber häufig als eine wirksame Disziplinarmaßnahme zum Zweck der Generalprävention angesehen. In der Regel bestehen aber in diesen Fällen Zweifel, ob die Fortsetzung des konkreten Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden konnte, vgl. BAG AP Nr.41 zu Art.9 GG. Damit stellt sich die Frage, wie das Verhältnis der Betriebsbuße zur Entlassung sinnvoll zu gestalten ist.

4) Rüthers, aaO., S.95

5) Rüthers, aaO., S.96

eingeschränkt werden könnte. Dadurch würde sich die "Betriebsjustiz" nicht als ein im Dienste für Unternehmenspolitik des Arbeitgebers willkürliches, sondern als ein den Arbeitsplatz erhaltendes und damit soziales Mittel erweisen können.

Die hier vorliegende Untersuchung will zeigen, inwieweit die außerordentliche Kündigung durch mildere Mittel, insbesondere durch Betriebsbußen sinnvoll eingeschränkt werden und ob so die "Betriebsjustiz" eine brauchbare Ergänzung zum Recht der außerordentlichen Kündigung werden kann.

Es sei an dieser Stelle erwähnt, daß die "Betriebsjustiz" sowohl in rechtsdogmatischer¹⁾ als auch in rechtstatsächlicher Hinsicht²⁾ von zahllosen Autoren

-
- 1) vgl. nur die Literaturangabe bei Zöllner, Betriebsjustiz, ZZP 83, 365, FN.1. Seitdem ist wiederum zahlreiche Literatur zu diesem Thema erschienen, vgl. etwa Baumann, Eine Sonderentwicklung des Arbeitsrechts?, ZZP 84, 297; Manfred von Lentzke, Betriebsjustiz, Diss.Köln 1972; U.Luhmann, Vertragsrechtliche Sanktionen und betriebliche Strafgewalt bei Ordnungsverstößen im Arbeitsverhältnis, Diss.Regensburg, 1973; Schumann, Abschied von der Betriebsjustiz, Gedächtnisschrift für Dietz, 1973, S.323; Weitnauer, Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Festschrift für Reinhardt, 1972, S.179
 - 2) vgl. Beyer, Die Kriminalität in Betrieben der Schwerindustrie in den Jahren 1954 - 1960, Diss. Bonn, 1963; Forsbach, Die Kriminalität in Betrieben der Großindustrie in den Jahren 1946 - 1952, Diss.Bonn, 1953; Goss, Die Kriminalität in Betrieben der Elektroindustrie in den Jahren 1955 - 1960, Diss.Bonn, 1963; Haas, Die Kriminalität in Betrieben der Automobilindustrie einer Großstadt Norddeutschlands in den Jahren 1949 - 1958, Diss.Bonn, 1964; Bovermann, Die Betriebsjustiz in der Praxis, Diss.Köln, 1969

erforscht worden ist. Mit Recht spricht daher Zöllner von der "Betriebsjustiz" als einem Parkinsonschen Thema des Arbeitsrechts¹⁾.

Möglicherweise haben aber gerade die immer wieder behandelten Schwierigkeiten einer sauberen dogmatischen Begründung den Blick auf die Möglichkeiten zur Sicherung des Arbeitsplatzes mittels der "Betriebsjustiz" bisher getrübt.

Daß die Probleme der "Betriebsjustiz" hier nun unter diesem Aspekt erneut erörtert werden, mag die Untersuchung rechtfertigen.

1) Zöllner, ZZP 83, 365 (366); bedauerlicherweise erschöpfen sich die meisten Beiträge in der Wiederholung einiger Argumente ohne eigene Begründung.

1. Teil

Die fristlose Entlassung als ultima ratio

§ 1: Allgemeines

I. Die Bedeutung der außerordentlichen Kündigung im allgemeinen

Das Arbeitsverhältnis ist in die Kategorie der Dauerschuldverhältnisse einzuordnen¹⁾. Diese sind, wie ihr Name sagt, auf eine bestimmte Dauer angelegt und werden häufig auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Gerade in diesen Fällen muß es den Kontrahenten möglich sein, sich einseitig durch Kündigung von dem Schuldverhältnis für die Zukunft zu lösen. Damit der Kündigungsgegner durch die Kündigung nicht überrascht wird, ist die Kündigung grundsätzlich an eine Frist gebunden, die es dem Gekündigten ermöglicht, sich auf das Ende des Schuldverhältnisses einzustellen. Innerer Grund dieser Kündigungsmöglichkeit ist, daß die Kontrahenten durch die Eingehung eines Schuldverhältnisses auf unbestimmte Dauer nicht auf ewig gebunden sein brauchen. Somit läßt sich sagen, daß die ordentliche Kündigung den auf unbestimmte Dauer eingegangenen Schuldverhältnissen immanent ist.

Darüberhinaus sind aber auch solche Fälle denkbar, bei denen sich die für die Eingehung des Dauerschuldverhältnisses maßgebenden Umstände so stark gewandelt haben, daß eine Anpassung des Schuldverhältnisses an die neuen Umstände²⁾ und damit eine Fortsetzung des

1) Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 1972, § 29 I 5, S.84

2) Bei einer Änderung der Geschäftsgrundlage (GG) ist nach allg. Meinung zuerst die Möglichkeit einer Anpassung zu prüfen, vgl. Esser, SchuldR. Bd.I, 4.Aufl., S.237

Schuldverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.

Dies gilt gleichermaßen für das auf bestimmte wie auch auf unbestimmte Dauer eingegangene Schuldverhältnis. In diesen Fällen muß es möglich sein, das Schuldverhältnis sofort ohne Einhaltung einer Frist zu beenden. Eine solche Möglichkeit stellt die außerordentliche Kündigung dar, die im Grunde nichts anderes ist als ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*¹⁾.

Dieser grundsätzliche Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung macht deutlich, welcher Stellenwert der außerordentlichen Kündigung in einem Dauerschuldverhältnis zukommt. Erkennt man nämlich die außerordentliche Kündigung als einen Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*, so drängt sich die Frage nach der *ultima ratio* - Funktion der außerordentlichen Kündigung auf, da sie nur dann erfolgen darf, wenn die Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses unter keinen Umständen mehr zumutbar erscheint.

II. Der Stand der Meinungen zur ultima ratio-Funktion

1. Die Fragestellung ist nicht neu. Dies gilt vor allem für den Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft gem. §§ 140, 142 HGB, der einer außerordentlichen Kündigung entspricht. Hier sind sich Lehre und Rechtsprechung seit langem einig, daß der Ausschluß eines Gesellschafters nur das äußerste Mittel (*ultima ratio*) sein darf, das nur dann zulässig ist, wenn andere weniger einschneidende Möglichkeiten, wie etwa die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis zu einer befriedigenden Regelung nicht führen²⁾.

1) Molitor, Die Kündigung, 2.Aufl., S.250; entsprechend Esser, für den die Kündigung nach § 626 BGB ausnahmsweise eine Regelung der GG ist, vgl.Esser, aa.O., S.227

2) Hueck, Das Recht der OHG, 4.Aufl., S.440; Baumbach-Duden, HGB, 20.Aufl., § 140, Anm.1; Baudasch, HGB, 2.Aufl., § 140, Anm.1; RGZ 153, 275 (280); BGHZ 4, 108 (110); 6, 113 (118); BGH DB 71, 140

2. Eine derart eindeutige Stellungnahme läßt sich für die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gem. § 626 BGB allerdings nicht erkennen. Vor allem ist die Lehre in der Anerkennung der außerordentlichen Kündigung als ultima ratio bisher zurückhaltend gewesen.

So lehnt Hueck¹⁾ eine derartige Einschränkung der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich ab. Ebenso wird man auch Nikisch verstehen müssen, wenn er ausführt, daß das Recht zur außerordentlichen Kündigung in keiner Weise beschränkt werden darf²⁾. Demgegenüber betont allerdings Molitor³⁾, die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund sei nur als ultima ratio zulässig. Dementsprechend führt er aus, ein wichtiger Grund sei im allgemeinen nicht gegeben, wenn noch andere, mildere Möglichkeiten gegeben seien⁴⁾. Grundsätzlich in der gleichen Weise äußern sich Galperin⁵⁾ und Schlessmann⁶⁾. Auch sie heben hervor, daß die außerordentliche Kündigung wohl nur als ultima ratio zulässig ist.

Auch das BAG hat in einigen Entscheidungen bemerkt, die außerordentliche Kündigung müsse ultima ratio sein⁷⁾. Es hat diese Meinung allerdings nicht weiter begründet und auch keine besonderen Konsequenzen daraus gezogen. Allenfalls eine Abmahnung will es in manchen Fällen für notwendig halten⁸⁾.

1) Hueck-Nipperdey, Bd.I, 7.Aufl., § 59 VII 5, S.597

2) Nikisch, Bd.I, 3.Aufl., S.721

3) Molitor, aaO., S.294

4) Molitor, aaO., S.294

5) Galperin, Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung, DB 64, 1114 (1117)

6) Schlessmann, Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, 1962 S.203

7) BAG AP Nr.15, 19 u. 56 zu § 626 BGB

8) BAG AP Nr.27 zu § 59 BetrVG 1952 mit Anm. Rütters

Warum der außerordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB überhaupt eine ultima ratio - Funktion zukommen soll und worin diese begründet liegt, geht allerdings weder aus den Aussagen der Rechtsprechung noch aus denen der Literatur hervor. So bleibt vor allem unklar, ob sich die Stellung als ultima ratio unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung des § 626 BGB ergibt, ob es sich hier um richterliche Rechtsfortbildung handelt oder um einen allgemeinen Anwendungsfall des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁾.

Im folgenden soll untersucht werden, ob und wie sich die Beschränkung der außerordentlichen Kündigung unter dem Gesichtspunkt der ultima ratio de lege lata begründen läßt. Dies erfordert zunächst eine Betrachtung der Regelung der außerordentlichen Kündigung, wie sie in § 626 BGB ihren Niederschlag gefunden hat.

§ 2: Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 626 BGB

Gemäß § 626 BGB ist die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher zur Kündigung berechtigender wichtiger Grund ist nach dem Wortlaut des § 626 BGB dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen

1) So leitet das BAG z.B. aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab, daß Arbeitskämpfmaßnahmen wie Streik und Aussperrung nur als ultima ratio in Betracht kommen nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten, vgl. BAG AP Nr.1 u. 34 zu Art.9 GG. Deshalb sei auch vorher ein Schlichtungsverfahren erforderlich. So jetzt BAG AP Nr. 43 zu Art.9 GG

beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Wann dies allerdings der Fall ist, ist inhaltlich allgemein nicht bestimmbar. Daher ist die Verwendung der Unzumutbarkeitsformel hier als zu unbestimmt kritisiert worden¹⁾.

Dem wurde von der h.M. jedoch kein Gehör geschenkt. Vielmehr wurde die von Lehre und Rechtsprechung schon früh verwendete Formel²⁾ bald auch vom Gesetzgeber übernommen. Während allerdings zunächst neben dieser allgemeinen Regelung für die einzelnen Arbeitsverhältnisse noch wichtige Kündigungsgründe enumerativ oder wenigstens beispielhaft aufgezählt wurden³⁾, hat die Unzumutbarkeitsformel im Laufe der Zeit beim Gesetzgeber einen so großen Anklang gefunden, daß nunmehr die Regelung des § 626 BGB allgemein für alle Arbeitsverhältnisse gilt⁴⁾.

Maßstab für die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund ist damit für alle Ar-

-
- 1) vgl. Grimmer, Erweiterung betrieblicher Mitbestimmungsrechte bei der außerordentlichen Kündigung, AuR 71, 179; Pieper, Die Systematik des w.G. zur aoK, insbesondere bei Arbeitsverhältnissen, Diss.Köln, 1956, S.41 ff; Lämmerhirt, Kündigung seitens des Arbeitgebers, 1973, S.102 ff
 - 2) Hueck-Nipperdey, Bd.I, § 59 III; Nikisch, Bd.I, § 50 II; Molitor, aaO., S.284; Kaskel-Dersch, ArbR., S.240; RAG 2, 27; 6, 612; 10, 464; 16, 270; 17, 474; 20, 201; 24, 237; 27, 11; 30, 297; BAG AP Nr.4,5,6,8, 19 u. 23 zu § 626 BGB
 - 3) vgl. §§ 123, 124, 133c,d GewO v.21.6.1869 (RGBl. S.871), § 72 HGB v.10.5.1897 (RGBl.S.219)
 - 4) Fast alle anderen Regelungen wurden durch das 1.Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz v.14.8.69 (BGBl.I S.1106) aufgehoben; vgl. hierzu Hueck,KSchG 9. Aufl.

beitsverhältnisse heute allein die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung. Eine gesetzliche Kasuistik wichtiger Kündigungsgründe gibt es dagegen nicht mehr.

Was es mit dieser Unzumutbarkeitsformel auf sich hat, läßt sich nicht näher erklären. Bisher ist es jedenfalls nicht gelungen, diese Formel durch exakte Kriterien in den Griff zu bekommen¹⁾. Trotzdem wird sie oft gebraucht, eben vor allem da, wo eine inhaltliche Konkretisierung durch allgemeine Kriterien nicht möglich zu sein scheint²⁾.

Daß sich die Unzumutbarkeitsformel durch Inhaltslosigkeit auszeichnet³⁾, läßt sich kaum bestreiten, Daraus darf man jedoch nicht voreilig den Schluß ziehen, die Unzumutbarkeitsformel sei für die Beschreibung der Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung insgesamt unbrauchbar⁴⁾.

Möglicherweise ergibt sich nämlich gerade aus der Unzumutbarkeitsformel der Stellenwert der außerordentlichen Kündigung als ultima ratio.

Einl. III 4.f

- 1) Herschel, Zumutbarkeit anderer Arbeit u. Sozialprestige, AuR 68, 195; Buche, Der Grundsatz der Zumutbarkeit im Arbeitsrecht, SchlHA 69, 172 (174); Pieper, aaO, S.41 ff
- 2) Buche, aaO., S.172; Frey, JZ 55, 106 (108); Henkel, Zumutbarkeit u. Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift Mezger, S.261; Nipperdey, Vertragstreue u. Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921, S.8, FN. 3; Herschel, aaO., S.196
- 3) Pieper, aaO., S.41; vgl.auch BGHZ 6, 283
- 4) so Pieper, aaO., S.41; Lämmerhirt, aaO., S.104 ff

§ 3: Die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung als Indikator der ultima ratio - Funktion der außerordentlichen Kündigung

I. Die Unzumutbarkeitsformel als Wertungsproblem

Wenn die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund von der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung abhängig gemacht wird, so ist die Beurteilung, ob die außerordentliche Kündigung zulässig ist, ein Wertungsproblem, da konkrete inhaltliche Kriterien fehlen. Dabei kommt es auf die Wertung im jeweiligen konkreten Einzelfall an. Eine allgemeine Wertung der Unzumutbarkeitsformel ist jedoch dahingehend möglich, daß die außerordentliche Kündigung jedenfalls nur als letzte Möglichkeit (ultima ratio) zulässig ist, wenn eine Korrektur des gestörten Arbeitsverhältnisses durch mildere Maßnahmen nicht mehr verlangt werden kann. Dies ergibt sich daraus, daß es sich bei der außerordentlichen Kündigung um einen gesetzlich geregelten Fall der clausula rebus sic stantibus handelt¹⁾. Daraus ergibt sich, daß grundsätzlich das Schuldverhältnis durch Anpassung an die sich wandelnden Umstände fortzusetzen ist. Nur als letzte Möglichkeit ist die sofortige Beendigung gegeben. In diesem Sinn stellt auch die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB einen Ausnahmetatbestand dar. Sie ist nur zulässig, wenn das Arbeitsverhältnis so stark gestört ist, daß nicht einmal mehr die Beendigung durch eine ordentliche Kündigung zuzumuten ist. Sie ist also der letzte Ausweg, ultima ratio.

II. Analyse des Unzumutbarkeitsbegriffs

Dieses Ergebnis bestätigt sich auch durch eine Analyse des Unzumutbarkeitsbegriffs.

1) vgl. Molitor, aaO., S.250; Esser, aaO., S.227

1. Zunächst ist die Unzumutbarkeit abzugrenzen von der Unmöglichkeit. Ein bestimmtes Handeln oder Verhalten kann nämlich nur dann zumutbar oder unzumutbar sein, wenn es auch tatsächlich möglich ist. Ist nämlich ein bestimmtes Handeln schon unmöglich, kann das Problem der Unzumutbarkeit gar nicht akut werden¹⁾.

Der Begriff der Unzumutbarkeit setzt aber nicht nur überhaupt die Möglichkeit eines bestimmten Handelns voraus, sondern auch die Möglichkeit anderen Handelns. Denn ein bestimmtes Handeln kann nur dann begrifflich unzumutbar sein, wenn die Möglichkeit besteht, anders zu handeln.

2. Werden nun verschiedene Möglichkeiten des Handelns durch die Unzumutbarkeitsformel zueinander in Beziehung gesetzt, so wird dadurch eine zwingende Reihenfolge der verschiedenen Möglichkeiten beschrieben. Bestehen etwa zwei Möglichkeiten des Handelns und wird die eine von der Unzumutbarkeit der anderen abhängig gemacht, so heißt das, daß die eine Möglichkeit erst zulässig ist, wenn die andere nicht mehr zumutbar ist. Die eine Möglichkeit ist also gegenüber der anderen zwingend subsidiär, sie ist immer die letzte der beiden Möglichkeiten. Dies gilt natürlich auch, wenn man mehrere verschiedene Möglichkeiten durch die Unzumutbarkeitsformel verknüpft. Auch hier muß es immer eine letzte Möglichkeit geben, die nur subsidiär für den Fall zulässig wird, wenn die vorrangige Möglichkeit unzumutbar geworden ist. Ist aber die durch die Unzumutbarkeitsformel beschriebene Reihenfolge derart zwingend, daß eine bestimmte Möglichkeit immer nur subsidiär als letzte in Betracht kommt, so ist diese Möglichkeit in jedem Fall ultima ratio.

3. Dieses abstrakte Gedankenspiel sei hier nun am Beispiel der außerordentlichen Kündigung verdeutlicht: Nach dem Wortlaut des § 626 BGB ist die außerordentliche Kündigung zulässig, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht einmal mehr bis zum Ab-

1) Herschel, AuR 68, 195

lauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist. Damit geht das Gesetz hier davon aus, daß es zwei Möglichkeiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gibt, nämlich die ordentliche und die außerordentliche Kündigung. Beide Kündigungsmöglichkeiten sind nun durch die Unzumutbarkeitsformel derart verknüpft, daß die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung von der Unzumutbarkeit der ordentlichen Kündigung abhängt. Damit ist aber die außerordentliche Kündigung gegenüber der ordentlichen subsidiär und immer die letzte Möglichkeit. Sie ist also ultima ratio.

Damit wird also die ultima ratio - Funktion der außerordentlichen Kündigung schon formal durch die Unzumutbarkeitsformel beschrieben.

III. Die Bedeutung der ultima ratio - Funktion der außerordentlichen Kündigung

Die ultima ratio - Funktion der außerordentlichen Kündigung wird durch die Unzumutbarkeitsformel jedoch nur formal beschrieben. Ein inhaltliches Kriterium für die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung wird dadurch nicht gewonnen. Die Frage der Zulässigkeit bleibt vielmehr weiter der wertenden Ausfüllung des Kündigenden bzw. des Richters im konkreten Einzelfall überlassen.

Indessen heißt dies nicht, daß der Feststellung, die außerordentliche Kündigung komme nur als ultima ratio in Betracht, keine Bedeutung zukomme. Denn immerhin ist dadurch der Rahmen für die außerordentliche Kündigung relativ insoweit abgesteckt, als sie letzte Maßnahme sein muß. Dieser Rahmen wird enger und der

Stellenwert der außerordentlichen Kündigung als ultima ratio wird faßbarer, wenn es gelingt, über die jetzige gesetzliche Regelung des § 626 BGB hinaus eine Anzahl anderer milderer Maßnahmen zu finden, die der außerordentlichen Kündigung obligatorisch vorzuschalten wären. Denn dadurch gäbe es für die Prüfung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung effektive Anhaltspunkte.

2. Teil

Betriebsbußen als mildere Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB

Bei der Frage nach geeigneten mildereren Mitteln gegenüber der nur als ultima ratio in Betracht kommenden außerordentlichen Kündigung bieten sich gerade für die verhaltensbedingte Entlassung neben einer Abmahnung die Betriebsbußen an, die schon seit langem in vielen Betrieben zur Ahndung von Verstößen gegen die betriebliche Ordnung verhängt werden.

Inwieweit allerdings die Betriebsbußen geeignet sind, der außerordentlichen Kündigung als mildere Maßnahmen vorgeschaltet zu werden, hängt zunächst einmal davon ab, ob und inwieweit die Betriebsbußen überhaupt rechtlich zulässig sind.

Diese Frage ist daher zuerst im folgenden Abschnitt zu klären.

1. Abschnitt: Die Zulässigkeit der "Betriebsjustiz"

§ 4: Geschichtlicher Überblick und Rechtstatsachenmaterial

I. Begriffliches

Unter Betriebsbußen versteht man im allgemeinen die in den meisten Betrieben verwendeten Sanktionen, wie Verwarnung, Verweis, Geldbuße und Versetzung, mit denen die Arbeitgeber auf Verstöße der Arbeitnehmer gegen bestimmte betriebliche Verhaltensregeln reagieren¹⁾.

1) vgl. Schumann, Gedächtnisschrift für Dietz, S.323; Söllner, ArbR., S.211; Zöllner, ZZP 83, 368; BAG Ap Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbußen" = BAG AuR 68, 123

Solche in sogenannten Arbeits- oder Bußordnungen aufgestellten Verhaltenstatbestände konkurrieren in der betrieblichen Praxis zum einen mit Straftatbeständen des StGB¹⁾, zum anderen sind sie aber auch so betriebs-spezifisch, daß sie in anderen Lebensbereichen keinen Verboten unterliegen²⁾.

Gerade an der Konkurrenz von Betriebsbußen und Strafgesetz hat sich die Diskussion um diese Erscheinung vor einigen Jahren wieder entzündet³⁾. In diesem Zusammenhang wurde auch der Begriff "Betriebsjustiz" geprägt, durch den diese Erscheinung von vorneherein in ein negatives Licht gerückt werden sollte.

II. Geschichtliches

Bei der "Betriebsjustiz" handelt es sich nicht, wie man auf Grund der in den letzten Jahren heftig geführten Diskussion vermuten könnte, um eine neue "Errungenschaft" des Arbeitsrechts. Die Existenz von betrieblichen Strafen dieser Art läßt sich im Gegenteil weit zurückverfolgen⁴⁾.

So fand z.B. die "Betriebsjustiz" in den §§ 134 a ff GewO vom 1.6.1891⁵⁾ damals schon ihren gesetzlichen Niederschlag. Nach dieser damaligen Regelung durften in der betrieblichen Arbeitsordnung, die in allen Betrie-

1) z.B. §§ 242, 263, 266, 183 StGB

2) etwa ein Singverbot am Arbeitsplatz

3) vgl. Baumann ZZP 84, 197; Zöllner, ZZP 83, 368

4) vgl. etwa die ausführlichen Darstellungen bei Gagel, aaO., S.15 ff; M. von Lentzke, aaO., S.9 ff; Lisiecki, aaO., S.4 ff; in diesem Zusammenhang wird nur ein knapper Überblick gegeben, soweit er dem Verständnis der "Betriebsjustiz" förderlich ist.

5) RGBI. S.261

ben mit mindestens zwanzig Arbeitern zu errichten war¹⁾, auch Strafen vorgesehen werden.

Wurden Strafen in der Arbeitsordnung vorgesehen, so mußte diese Bestimmungen enthalten "über die Art und die Höhe derselben, über die Art ihrer Festsetzung und, wenn sie in Geld bestehen, über deren Einziehung und über den Zweck, für welchen sie verwendet werden sollen"²⁾.

Nach § 134 b Abs.2 GewO durften Strafbestimmungen, die das Ehrgefühl oder die guten Sitten verletzen, nicht in die Arbeitsordnung aufgenommen werden, d.h. sie waren überhaupt unzulässig.

Im einzelnen brauchen hier die gesetzliche Regelung der §§ 134 a ff GewO ebenso wie entsprechende Regelungen in anderen Gesetzen³⁾ nicht dargestellt zu werden. In diesem Zusammenhang kommt es nur darauf an, zu zeigen, daß der damalige Gesetzgeber eine Strafgewalt des Arbeitgebers anerkannte und diese durch die gesetzliche Regelung konkretisierte und beschränkte⁴⁾.

Auch während der Weimarer Republik wurde die "Betriebsjustiz" als legitim anerkannt. Lediglich die Strafgewalt des Arbeitgebers wurde durch das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920⁵⁾ weiter eingeschränkt, indem die Festsetzung der Strafen der Mitbestimmung des Arbeiter- bzw. Angestelltenrats unterworfen wurde⁶⁾.

Dieser Fortschritt wurde während des Dritten Reichs wieder beseitigt. Durch den Erlaß eines Gesetzes zur

1) § 134 a Abs.1 GewO v.1.6.1891

2) § 134 b Abs.1 Nr.4 GewO

3) vgl. Hierzu im Einzelnen Gagel, aaO., S.111 ff

4) vgl. Herschel, aaO., S.16

5) RGBl. S.147

6) § 80 Abs.2 BRG von 1920

Ordnung der nationalen Arbeit(AoG) wurde unter anderem auch die Materie der "Betriebsjustiz" neu geregelt¹⁾. Die Verhängung von betrieblichen Bußen blieb weiterhin zulässig, sie oblag aber nun wieder allein dem Führer des Betriebs²⁾.

Nach dem Zusammenbruch des Dritten Reichs wurde auch das AOG wieder aufgehoben³⁾. Jedoch hatte dies nicht zur Folge, daß die alte Regelung der §§ 134 a ff GewO wieder in Kraft trat⁴⁾, sondern es herrschte nun, abgesehen von einigen inzwischen erlassenen Betriebsrätegesetzen einzelner Länder⁵⁾, hinsichtlich der "Betriebsjustiz" ein gesetzloser Zustand.

Dabei ist es bis heute geblieben. In das BetrVG vom 11.10.1952⁶⁾, durch das im übrigen die Betriebsrätegesetze der Länder außer Kraft gesetzt wurden⁷⁾, wurde eine Regelung der "Betriebsjustiz" nicht aufgenommen. Zwar hatte der Regierungsentwurf in § 61 Abs.1 Ziff.d⁸⁾ eine entsprechende Regelung noch vorgesehen, diese Vorschrift wurde jedoch bei den Ausschlußberatungen ersatzlos fallen gelassen⁹⁾.

Auch das neue BetrVG vom 15.1.72¹⁰⁾ hat insoweit keine

1) vgl. § 28 AOG vom 20.1.34. Die §§ 134 a ff GewO wurden durch § 69 Abs.2 AOG aufgehoben.

2) § 28 Abs.2 AOG

3) Kontrollratsgesetz Nr.40

4) vgl. Herschel, S.18

5) vgl. hierzu Gagel, aaO., S.121 ff

6) BGBI. I S.681

7) § 90 BetrVG 52

8) BT DruckS.I Nr.1546

9) BT DruckS.I Nr.3585 § 56 Abs.1 Ziff.f

10) BGBI.I S.13

Änderung gebracht. Die Materie "Betriebsjustiz" wurde bei den Beratungen zu diesem Gesetz noch nicht einmal erwähnt¹⁾.

Aus dieser Entwicklung läßt sich jedoch nicht der Schluß ziehen, daß der Gesetzgeber heute von der Unzulässigkeit der "Betriebsjustiz" ausgeht²⁾. Selbst wenn man aber dem Gesetzgeber eine derartige Ansicht unterstellen wollte, wäre dies bei der Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit der "Betriebsjustiz" nicht maßgebend, soweit sich dieses Rechtsinstitut auf andere Rechtsquellen gründen ließe³⁾.

III. Rechtstatsachenmaterial zur "Betriebsjustiz"

Daß die "Betriebsjustiz" trotz Fehlens einer eingehenden gesetzlichen Regelung⁴⁾ in der betrieblichen Praxis eine bedeutende Rolle spielt, beweist das bisher vorliegende Rechtstatsachenmaterial⁵⁾.

Zwar erfassen diese Untersuchungen insgesamt gesehen nur Einzelbetriebe und befassen sich zudem mit der "Betriebsjustiz" vornehmlich aus kriminologischer Sicht⁶⁾, d.h. lediglich mit der innerbetrieblichen Sanktionierung krimineller Straftaten, jedoch lassen

1) vgl. Schumann, Gedächtnisschrift für Dietz, S.325

2) Bei den Beratungen zum BetrVG 52 ging der Ausschuß übereinstimmend von der Zul. der "Betriebsjustiz" aus, glaubte aber, für eine gesetzl. Regelung bestehe kein Bedürfnis, vgl. BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"

3) vgl. auch Schumann, aaO., S.325

4) oder gerade deswegen

5) s.o. FN.2, S.4 ; außerdem: Dengler, Betriebsstrafe bei innerbetrieblichen Verstößen?, Diss.Münster 1968; Lisiecki, Reaktionsformen von Betrieben auf innerbetriebliche kriminelle Vorgänge, Diss.Hamburg 1966; Feest-Mezger-Preziger, Betriebskriminalität u. Betriebsjustiz, KJ 1972, 83

6) allgemein aber Bovermann, Betriebsjustiz in der Praxis, Diss.Köln 1969

sich aus den Untersuchungen insgesamt auch einige allgemeine Folgerungen ziehen¹⁾.

So ist vor allem auch interessant, daß in den meisten der untersuchten Betriebe neben den Sanktionen wie Verwarnung, Verweis und Geldbuße auch die Kündigung und die fristlose Kündigung als Strafen angedroht waren²⁾. Bemerkenswert ist hierbei auch, daß in diesen Betrieben trotz der milderer Maßnahmen die fristlose Entlassung am häufigsten als Strafe verhängt wurde³⁾. Dies beweist, worauf anfangs schon aufmerksam gemacht wurde⁴⁾, daß die Betriebsbußen nach der herrschenden Praxis die fristlose Entlassung nicht einschränken, sondern eben nur zusätzliche Sanktionsmittel für den Arbeitgeber sind.

1) a.A. Zöllner, aaO., S.371

2) vgl. Goos, aaO., S.22; Beyer, aaO., S.16; Schmidt, aaO., S.18; Lisiecki, aaO., S.60; Mezger, aaO., S.89

3) z.B. bei Goos 29%; bei Feest sogar 51%!

4) s.o. S.13

A. Die rechtlichen Grundlagen der Betriebsbußen
(Zulässigkeit im weiteren Sinn)

§ 5: Die betriebliche Strafgewalt

I. Darstellung des heutigen Meinungsstands

Obwohl die Zulässigkeit von Betriebsbußen von der Lehre¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ fast einhellig bejaht wird³⁾, herrscht hinsichtlich der dogmatischen Grundlegung auch heute noch weitgehend heftiger Streit.

Dies gilt insbesondere für die Frage nach der betrieblichen Strafgewalt und die Frage nach der Rechtsnatur der Betriebsbußen, wobei zu bemerken ist, daß die Frage der betrieblichen Strafgewalt in gewisser Hinsicht durch die Qualifizierung der Rechtsnatur der Betriebsbußen bestimmt ist. Qualifiziert man nämlich die Betriebsbußen als Vertragsstrafen im Sinne der §§ 339 ff BGB⁴⁾, so ergeben sich die rechtlichen Grundlagen der betrieblichen Strafgewalt unmittelbar aus den §§ 339 ff BGB. Verneint man dagegen mit der h.M.⁵⁾ den Vertragsstrafencharakter der Betriebsbußen und qualifiziert

1) vgl. Zöllner, aaO., S.365, FN.1

2) BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbußen"; LAG Stuttgart, DB 63, 871; LAG Düsseldorf, DB 64, 661; ArbG Oberhausen, BB 64, 759

3) ablehnend neuerdings Baumann, ZZP 84, 297 ff; Schumann, Gedächtnisschrift für Dietz, S.323 ff

4) so Baur, JZ 65, 165; Denkl, aaO., S.66 ff; Dietz-Richardi, BetrVG, § 87, Anm.126; Leinemann, AuR 70, 134 f; U.Luhmann, aaO., S.53 ff; Weitnauer, aaO., S.179; Zöllner, aaO., S.387 f

5) vgl. statt vieler Harbeck, aaO., S.32 ff u.AuR 71, 171 ff; Herschel, aaO., S.24 ff; Gagel, aaO., S.37; M.v.Lentzke, aaO., S.41 ff, 46

man sie als kollektive Ordnungsstrafen¹⁾, Disziplinarstrafen²⁾ oder gar als Rechtsinstitute eigener Art³⁾, so ist man mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung gezwungen, die rechtlichen Grundlagen aus anderen Rechtsquellen herzuleiten.

Ohne hier im einzelnen auf den Streit um die Rechtsnatur der Betriebsbußen einzugehen⁴⁾, sollen zunächst die von der h.M. herangezogenen Rechtsquellen für die rechtlichen Grundlagen der betrieblichen Strafgewalt auf ihre Stichhaltigkeit untersucht werden. Ergibt sich nämlich, daß diese Rechtsquellen für die Begründung einer Strafbefugnis nicht geeignet sind, so müßte man die Zulässigkeit der Betriebsbußen de lege lata verneinen, wenn sich nicht deren Qualifizierung als Vertragsstrafen begründen ließe.

1. § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG

Ein Teil der Meinungen in der Literatur⁵⁾ sowie das BAG⁶⁾ wollen die rechtliche Grundlage der betrieb-

1) Gagel, S.37; Herschel, S.25; Dengler, S.132; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, 7.Aufl., S.1377; Nikisch, Bd.III, 2.Aufl., S.417

2) Harbeck, S.66; Galperin-Siebert, BetrVG, 4.Aufl., § 56, Anm.73; Neumann-Duesberg, BetrVG, 1960, S.491; Gaul, DB 65, 665

3) Herbst, BB 65, 420; Kammann, DB 69, 2133

4) siehe hierzu im folgenden § 6

5) Gaul, DB 65, 666; Kaiser, BB 66, 1108; Koch, BB 54, 565; Neumann-Duesberg, BetrVR, 1960, S.491; Nikisch, BB 53, 178; Sommer, AR-Blattei, D Blatt, Betriebsbußen I, A III; Erdmann/Jürging/Kammann, BetrVG, § 87, Anm.35

Die angegebenen Stimmen beziehen sich z.T. noch auf § 56 Abs.1 Ziff.f BetrVG a.F. Da sich sachlich zu § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG n.F. hier jedoch keine Änderung ergeben hat, haben diese Stimmen auch heute noch ihre Gültigkeit

6) BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbußen";

lichen Strafbefugnis unmittelbar § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG (= § 56 Abs.1 Ziff.f BetrVG a.F.) entnehmen.

Begründet wird diese Auffassung damit, daß zu den Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb auch die Androhung und Verhängung von Sanktionen gehöre, da eine Ordnung, der die Durchsetzbarkeit durch Sanktionen fehle, "ein Messer ohne Schneide"¹⁾ sei.

Diese Auffassung geht also davon aus, daß jeder Ordnung auch deren Durchsetzbarkeit durch die Androhung und Verhängung von Sanktionen immanent sei, und daß es deswegen auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung insoweit gar nicht ankomme.

Dieser Gedankengang ist jedoch äußerst kühn und wohl auch nicht richtig, denn es ist nicht einzusehen, warum es nicht auch Ordnungen geben soll, die lediglich auf Grund der freiwilligen Einsicht der Beteiligten funktionieren, ohne daß man diese Ordnung durchsetzen könnte, indem man durch Sanktionen Zwang ausübt. Kurz ausgedrückt heißt es, daß der Schluß von der Ordnungsbefugnis auf die Strafbefugnis von sich aus nicht richtig ist²⁾.

Aber selbst wenn man davon ausgeht, daß zu einer "richtigen" Ordnung auch deren Aufrechterhaltung durch Sanktionen gehört, so gibt § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG dennoch keine gesetzliche Ermächtigung für eine betriebliche Strafbefugnis. Denn selbst dann wäre § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Norm, da sich die Ermächtigung

ebenso ArbG Oberhausen, BB 64, 759

1) vgl. Dengler, aaO., S.146; Gagel, aaO., S.52; J.R.Koch, BB 54, 566

2) so richtig Schumann, aaO., S.329; vgl. auch Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, S.49

in § 87 BetrVG allein auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Angelegenheiten bezieht, von deren rechtlicher Zulässigkeit schon ausgegangen wird¹⁾. Denn eine Regelung, die wie § 87 BetrVG nur funktionelle Zuständigkeiten des Betriebsrats in bestimmten Angelegenheiten beschreibt, ist nicht auch zugleich Rechtsgrundlage für die materielle Zulässigkeit solcher Angelegenheiten. Ein derartiger Schluß von der funktionellen Zuständigkeit auf die materielle Zulässigkeit ist nicht zulässig²⁾.

Insgesamt ist daher § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG als rechtliche Grundlage einer betrieblichen Strafbefugnis abzulehnen³⁾.

2. Gewohnheitsrecht

Da die Verhängung von Betriebsbußen in der Praxis eine schon seit langem fast unangefochtene Übung darzustellen scheint, meinen einige Autoren, die Zulässigkeit von Betriebsbußen sei unterdessen jedenfalls gewohnheitsrechtl. begründet⁴⁾.

Nach h.M. kommt auch im Arbeitsrecht Gewohnheitsrecht

1) Dietz, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F.

"Betriebsbußen"; Dengler, aaO., S.144; Harbeck, Diss., S.31 f

2) vgl. Denkl, aaO., S.45

3) ebenso Dengler, aaO., S.144; Denkl, aaO., S.45; Harbeck, Diss., S.31 f; Halberstadt, B1StSozArbR 65, 61; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, 7.Aufl., S.1375; Kienapfel, JZ 65, 604; Leinemann, AuR 70, 138 f; U. Luhmann, aaO., S.30 ff; Arndt, NJW 65, 27; Reuß, AuR 68, 127; Schumann, aaO., S.328; ablehnend auch Isele, JZ 68, 339, der die Grundlage allerdings in § 57 BetrVG a.F. sehen wollte.

4) Gagel, aaO., S.53; Galperin, BB 70, 934 f; Herschel, aaO., S.27; Kaiser, BB 66, 1109; Kienapfel, JZ 65, 604 f; Stadler, BB 68, 803

als Rechtsquelle in Betracht¹⁾.

Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ist zum einen eine über längere Zeit unangefochten andauernde ständige Übung, zum anderen der Rechtsgeltungswille der überwiegenden Rechtsgenossen²⁾.

In der Tat scheinen bei der "Betriebsjustiz" die ein Gewohnheitsrecht begründenden Voraussetzungen auf den ersten Blick gegeben zu sein. Bei näherem Hinsehen erweist sich dies jedoch als nicht richtig.

So darf zunächst nicht übersehen werden, daß die Verhängung von Betriebsbußen früher gesetzlich geregelt war³⁾. Zu diesem Zeitpunkt wurden die Betriebsbußen darüberhinaus von der h.M. als Vertragsstrafen qualifiziert⁴⁾. Hier war also für die Bildung von Gewohnheitsrecht gar kein Raum.

Erst mit dem Wegfall der gesetzlichen Regelung und der Hinwendung der h.M. zu einer kollektiv-rechtlichen Betrachtungsweise hätte sich Gewohnheitsrecht überhaupt erst bilden können. Seit dieser Zeit wurde die

1) Hueck-Nipperdey, Bd.I, 7.Aufl., S.32; Bobrowski/Gaul, 6.Aufl., S.38; kritisch Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S.53 ff; Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S.70 ff

2) vgl. BVerfGE 22, 114 (121); 28, 21 (28 f); BVerfG BayVBl. 73, 302 (304); Larenz, Methodenlehre, 2.Aufl. S.339

3) s.o. S.17 f

4) vgl. hierzu die Darstellung bei Gagel, aaO., S.20 ff

Zulässigkeit der Betriebsbußen unter den von der h.M. angenommenen Voraussetzungen aber immer wieder stark kritisiert¹⁾. Dazu kommt noch, daß seit der Geltung des Bonner Grundgesetzes immer wieder auch verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht wurden²⁾.

Von einem einheitlichen Rechtsgeltungswillen der überwiegenden Rechtsgenossen läßt sich daher bei der "Betriebsjustiz" keinesfalls sprechen; denn selbst wenn man davon ausgeht, daß die Zulässigkeit der Betriebsbußen praktisch nicht bestritten ist, so bestehen doch entscheidende Unterschiede in der rechtlichen Bewertung dieses Instituts (Vertrags- oder Satzungs-theorie), so daß immerhin unklar ist, welcher Rechtsgeltungswille nun eigentlich besteht³⁾.

Auf Grund der erheblichen Meinungsunterschiede um die Zulässigkeit von Betriebsbußen kann von einer Gewohnheitsrechtsbildung daher keine Rede sein⁴⁾.

3. Herrschaftstheorie

Eine stark verbreitete Meinung sieht die Grundlage der betrieblichen Strafbefugnis in der Herrschaft des Ar-

1) Arndt, NJW 65, 27; Baur, JZ 65, 163 ff; Baumann, ZZP 84, 297 ff; Leinemann, AuR 70, 134 ff; Schumann, aaO., S.323 ff; BAG SAE 66, 129 = JZ 66, 801

2) vgl. Baur, JZ 65, 163 ff; Leinemann, AuR 70, 134 ff; Zöllner, ZZP 83, 372 ff

3) ebenso Schumann, aaO., S. 339, der auch darauf hinweist, daß an die Bildung von Gewohnheitsrecht sehr strenge Anforderungen zu stellen seien.

4) ebenso Denkl, aaO., S.44; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, S.1377; Isele, JZ 68, 338; Leinemann, AuR 70, 140; U.Luhmann, aaO., S.58 ff; Reuß, AuR 68, 126; Schumann, aaO., S.338 ff; unklar Harbeck, aaO., S.32, FN.3, der lediglich darauf hinweist, daß es Gewohnheitsrechts nicht bedarf

beitgebers über seinen Betrieb. Diese sogenannte Herrschaftstheorie¹⁾ tritt in verschiedenen Variationen auf:

a) Einen extremen Standpunkt vertritt hier Nikisch²⁾. Er erkennt ausdrücklich ein Herrschaftsrecht des Arbeitgebers über seinen Betrieb an, wobei er auch eine Strafgewalt des Arbeitgebers in das Herrschaftsrecht mit einbezieht. Der Arbeitnehmer werde durch die Eingliederung in den Betrieb der Herrschaftsgewalt des Arbeitgebers unterworfen³⁾.

b) Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Dengler⁴⁾. Wie Nikisch erkennt auch er ein Herrschaftsrecht des Arbeitgebers über seinen Betrieb und die darin arbeitenden Menschen an⁵⁾. Das Arbeitsverhältnis ist für ihn ein "privatrechtliches Gewaltverhältnis"⁶⁾, das Bestehen von Herrschaftsbeziehungen eine "Grundtatsache" der Betriebsstruktur⁷⁾. Gerade die "Betriebsjustiz" ist für ihn Ausdruck der betrieblichen Herrschaftsbeziehungen⁸⁾.

Rechtlich führt Dengler die Herrschaftsgewalt des Arbeitgebers auf dessen Eigentum an den Produktionsmitteln zurück⁹⁾, woraus nach seiner Ansicht mangels eines ausdrücklichen Verbots die Zulässigkeit der "Betriebsjustiz" folgt, soweit sie sachlich erforderlich sei¹⁰⁾.

1) vgl. Denkl, aaO., S.47

2) Nikisch, SAE 66, 132 f u.LB, Bd.III, 2.Aufl., S.417

3) Nikisch, SAE 66, 132 f u. LB, Bd.III, 2.Aufl., S.417

4) Dengler, aaO., S.139 ff

5) Dengler, aaO., S.139

6) Dengler, aaO., S.139

7) Dengler, aaO., S.141

8) Dengler, aaO., S.140

9) Dengler, aaO., S.145

10) Dengler, aaO., S.146

Die betriebliche Strafgewalt des Arbeitgebers als Ausfluß seiner Herrschaftsgewalt über Betrieb und die darin arbeitenden Menschen findet im geltenden Recht keine Stütze.

Nach unserem heutigen Verständnis vom Arbeitsverhältnis ist dies kein Gewaltverhältnis¹⁾. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist vielmehr der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als rechtlich gleichberechtigten Partnern abgeschlossene Arbeitsvertrag.

Dem BAG²⁾ ist daher zuzustimmen, wenn es bezüglich einer einseitigen Strafbefugnis des Arbeitgebers als Ausfluß seiner Herrschaftsmacht über den Betrieb als von typisch nationalsozialistischem Gedankengut spricht. Zwar ist richtig, wenn Dengler ausführt, daß auch heute das Arbeitsverhältnis durch Herrschaftsbeziehungen geprägt sei. Dies ist eine Erkenntnis, die sich auf die betriebssoziologischen Forschungen stützt³⁾. Es wäre aber falsch, auf Grund dieser Tatsachen, die unserem rechtlichen Verständnis vom Arbeitsverhältnis widersprechen, eine Strafgewalt rechtlich begründen zu wollen.

Auch das Eigentum an den Produktionsmitteln ist keine brauchbare Grundlage für die Anerkennung einer Strafbefugnis. Abgesehen davon, daß heute Arbeitgeber und Eigentümer der Produktionsmittel gar nicht identisch sein müssen, umfaßt das Eigentum lediglich eine Sachherrschaft, aber kein privates Gewaltverhältnis über Personen⁴⁾.

1) Söllner, JZ 66, 804; Galperin, BB 70, 935; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, S.1377

2) BAG SAE 66, 129

3) vgl. Dahrendorf, Sozialstruktur des Betriebs, S.69; Schumm-Garling, Herrschaft in der industriellen Arbeitsorganisation, S.63 f

4) Denkl, aaO., S.46

Insgesamt ist daher eine Strafbefugnis des Arbeitgebers, die sich auf dessen Herrschaftsbefugnis über seinen Betrieb gründen soll, abzulehnen¹⁾.

c) Als eine Unterart der Herrschaftstheorie kann man die Meinung auffassen, die die betriebliche Strafbefugnis auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers zurückführen will²⁾.

Das Direktionsrecht des Arbeitgebers ergibt sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Es besagt, daß der Arbeitgeber das Recht hat, die vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistungen, soweit sie im Arbeitsvertrag oder anderswo noch nicht im einzelnen bestimmt sind, jeweils zu konkretisieren³⁾.

Das Direktionsrecht ist somit ein dem Wesen des Arbeitsvertrages entspringendes Gestaltungsrecht⁴⁾, aber nicht ein Über - Unterordnungsverhältnis beschreibendes Herrschaftsrecht⁵⁾.

Das Direktionsrecht kann sich auch auf die Ordnung

-
- 1) ebenso Denkl, aaO., S.51; Dietz, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbußen" unter II 2; Galperin, BB 70, 935; Harbeck, aaO., S.27; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, S.1377; Neumann, RdA 68, 252; Reuß, AuR 68, 126; Söllner, JZ 66, 804
 - 2) so Herschel, aaO., S.32 ff, der von der Strafbefugnis als selbständigem Teil der Unternehmensfunktion spricht; vgl. auch Gagel, aaO., S.41 f; Gaul, DB 65, 666; Herbst, BB 65, 419; Schnorr, RdA 68, 454 f; Bovermann, aaO., S.5
 - 3) Nikisch, Bd.I, § 25 IV; Hueck-Nipperdey, Bd.I, S.158 ff; Böttner, aaO., S.5 f
 - 4) Böttner, aaO., S.61
 - 5) Böttner, aaO., S.64 f; a.A. aber Nikisch, Bd.I, § 25 IV; Molitor, RdA 59, 2 ff (4)

im Betrieb beziehen¹⁾, da auch das Verhalten des Arbeitnehmers hinsichtlich der betrieblichen Ordnung zu seinen geschuldeten Leistungspflichten gehört. Unzulässig ist aber der Schluß, deswegen aus dem Direktionsrecht auch eine Strafbefugnis des Arbeitgebers herzuleiten. Denn als schuldrechtliches Gestaltungsrecht beinhaltet das Direktionsrecht lediglich eine Anordnungsbefugnis, dagegen keine Ahndungsbefugnis²⁾.

Somit stellt auch das Direktionsrecht des Arbeitgebers keine ausreichende Grundlage für die betriebliche Strafbefugnis dar³⁾.

4. Der Standpunkt Söllners

Einen eigenen Standpunkt vertritt Söllner⁴⁾. Er sieht in der "Betriebsjustiz" ein den beamtenrechtlichen Disziplinarstrafen ähnliches Institut⁵⁾ und rechnet die Disziplinarbefugnisse des Arbeitgebers zu der Kategorie der leistungsbestimmenden Gestaltungsrechte, die dem Arbeitgeber kraft der arbeitsvertraglichen Unterwerfung zustehen⁶⁾.

An anderer Stelle bezeichnet Söllner das Recht des Arbeitgebers, Betriebsbußen zu verhängen, als ein Recht

1) Böttner, aaO., S.37; Hueck-Nipperdey, Bd.I, S.159; Nikisch, Bd.I, § 25 IV

2) Böttner, aaO., S.64 f; Denkl, aaO., S.52

3) Dengler, aaO., S.142; Denkl, aaO., S.52; Dietz, Anm.aaO; Neumann, RdA 68, 252; Reuß, AuR 68, 126; Stadler, RdA 68, 225; BAG SAE 66, 129

4) Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966

5) Söllner, aaO., S.108

6) Söllner, aaO., S.108

auf einseitige Herabsetzung der auf Grund des Arbeitsvertrags geschuldeten Leistung¹⁾. Damit wird deutlich, daß Söllner, das Recht zur Strafbefugnis aus § 315 BGB herleiten will.

Söllners Ansicht unterscheidet sich von der Herrschaftstheorie dadurch, daß er ein Gewaltverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ablehnt²⁾.

Von der Meinung, die die Strafbefugnis auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers zurückführt, unterscheidet er sich darin, daß er unter einem leistungsbestimmenden Gestaltungsrecht ein solches versteht, das nicht konkretisierend, sondern ändernd in das Arbeitsverhältnis eingreift³⁾.

Aber auch gegen die Meinung Söllners bestehen Bedenken. Denn wenn Söllner die Grundlage der Strafbefugnis in § 315 BGB erblickt, so erfaßt er dadurch die Strafbefugnis nur zum Teil, nämlich nur soweit sie sich auf die Verhängung einer Geldbuße erstreckt.

Darüberhinaus ist aber auch nicht ersichtlich, wie der Arbeitgeber zu diesem Gestaltungsrecht kommt. Allein auf Grund vertraglicher Unterwerfung ohne vertragliche Vereinbarung kann dem Arbeitgeber ein derartiges Gestaltungsrecht jedenfalls nicht zustehen.

Denn wollte man dem Arbeitgeber ein derartiges Recht a priori zugestehen, käme dies faktisch einer Anerkennung eines Gewaltverhältnisses gleich.

Somit ist auch die Ansicht Söllners zur Rechtfertigung einer einseitigen Strafbefugnis des Arbeitgebers nicht geeignet.

1) Söllner, JZ 66, 804

2) Söllner, JZ 66, 804

3) Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S.108

5. Strafbefugnis der autonomen Betriebsgemeinschaft

Als heute wohl herrschend läßt sich die Meinung bezeichnen, die die betriebliche Strafbefugnis als Ausfluß der autonomen Betriebsgemeinschaft ansieht¹⁾.

Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, der Betrieb als Ganzes sei ein "eigenständiges Sozialgebilde", eine soziale Institution, die wie der Verein berechtigt sei, die eigenen Angelegenheiten selbst zu regeln²⁾. Der Staat habe die Schaffung einer Rechtsordnung für den eigenen Lebensbereich sozialer Gruppen gestattet³⁾. Dies ergebe sich aus dem auch hier geltenden Subsidiaritätsprinzip⁴⁾. Rechtsgrundlage sei daher das in den Betrieben geschaffene Personenrecht⁵⁾. Innerer Grund dafür sei, daß die Betriebsgemeinschaft das Recht haben müsse, Störungen zu bestrafen⁶⁾, da sonst die Betriebsordnung "lex imperfecta" sei⁷⁾.

1) so Amelunxen, Der AG 1966, 716; Fabrizio, Kraft, Thiele, Wiese, BetrVG § 87 Anm.63; Gagel, aaO., S.26; Galperin, BB 70, 936; Galperin-Siebert, BetrVG, Anm.73 vor § 56; Haslinger, ZAS 67, 97 ff, 134 ff; Harbeck, Diss., S.32 ff und AuR 71, 177 ff; Herbst, BB 65, 419 ff; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, S.1378; Kaiser, BB 66, 1109; Kienapfel, JZ 65, 599 ff; Koch, BB 54, 565; M.v.Lentzke, aaO., S.56 ff; Meyer-Cording, NJW 66, 225 ff; Neumann, RdA 68, 252 ff; Neumann-Duesberg, BetrVG, S.491; Sieg, RdA 54, 361; derselbe, SAE 68, 33; Tegtmeier, Arbeit und Sozialpolitik 1966, 325 ff; Herschel, aaO., S.27
BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbußen";
LAG Düsseldorf, DB 64,661; LAG Stuttgart, DB 63, 871;
ArbG Oberhausen, BB 64, 759

2) Herschel, aaO., S.25; Galperin, BB 70, 936

3) Harbeck, aaO., S.33

4) Harbeck, aaO., S.33

5) Meyer-Cording, NJW 66, 226

6) Gagel, aaO., S.32

7) Koch, BB 54, 566

Auch die Rechtsprechung hat sich von den Gedanken der autonomen Rechtssetzungs- und Strafbefugnis der Betriebsgemeinschaft beeindrucken lassen¹⁾. Alle vorliegenden Urteile betonen die Notwendigkeit der kollektivrechtlichen Begründung von Betriebsbußen. Es handele sich bei ihnen um den "Ausfluß der autonomen Gewalt der Betriebspartner im Bereich des insoweit autonomen Betriebsverbandes"²⁾, um einen Akt autonomer Ordnungswahrung³⁾.

Die Theorie von der Strafbefugnis der autonomen Betriebsgemeinschaft klingt zunächst verlockend, da sie zu Recht eine einseitige Herrschafts- und Strafbefugnis des Arbeitgebers über die Arbeitnehmer verneint und stattdessen von einer einträchtigen Herrschaft aller über alle zur Wahrung der gemeinsamen Ordnungsbelange ausgeht. Dies hört sich vernünftig und demokratisch an. In Wahrheit muß sich diese Theorie aber den Vorwurf gefallen lassen, daß sich hier "Sozialromantik und juristische Phantasie zu einem seltsamen Gebilde vereinigen"⁴⁾.

In der Tat geht diese Theorie von Vorstellungen aus, die der Wirklichkeit und dem geltenden Recht nicht gerecht werden.⁵⁾

In Anlehnung an das Vereinsrecht⁶⁾ ist Dreh- und Angelpunkt dieser Theorie die Behauptung, daß Arbeitgeber und die Gesamtheit der Arbeitnehmer zusammen eine Betriebsgemeinschaft bilden, die zur autonomen Regelung ihrer eigenen Belange berechtigt sei⁷⁾.

1) vgl. FN.1 S.33

2) BAG, aaO., Bl.2

3) BAG, aaO., Bl.2

4) Weitnauer, Festschrift für Reinhardt, 1972, S.191

5) vgl. insbesondere Luhmann, aaO., S.53 ff

6) Meyer-Cording, NJW 66, 225

7) Gagel, aaO., S.42

Es muß hier dahingestellt bleiben, inwieweit die autonome Satzungstheorie für die Vereinsstrafen Geltung beanspruchen kann¹⁾.

Für die Betriebsbußen kann jedenfalls eine derartige Satzungsgewalt der Betriebsgemeinschaft nicht anerkannt werden, weil eine Betriebsgemeinschaft im rechtlichen Sinn nicht existiert. Voraussetzung der Satzungsautonomie wäre aber jedenfalls die rechtliche Existenz einer solchen Betriebsgemeinschaft. Nun mag zwar die Gesamtheit der in einem Betrieb verbundenen Menschen soziologisch eine Betriebsgemeinschaft bilden, jedoch handelt es sich hierbei nicht um eine Betriebsgemeinschaft im Rechtssinn²⁾. Voraussetzung hierfür wäre nämlich, daß alle Betriebsangehörigen an einem gemeinschaftlichen Rechtsverhältnis beteiligt wären und zusammen einen gemeinschaftlichen Zweck verfolgten³⁾. Dies ist bei der Betriebsgemeinschaft jedoch nicht der Fall. Denn das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmern ist vielmehr von Interessengegensätzen geprägt⁴⁾. Auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats deutet nicht auf eine Gemeinschaft hin, sondern ist im Gegenteil selbst Ausdruck der bestehenden Gegensätze. Seine Aufgabe ist es nämlich, die dem Arbeitgeber durch Bündelung der individuellen Weisungsbefugnisse zuwach-

1) vgl. hierzu Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, S.53 ff, 70 ff; Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, 1973, S.45 ff; kritisch Flume, Festschrift für Bötticher, 1969, S.101 ff; Bötticher, ZfA 70, 3 ff

2) Bickel, ZfA 71, 188 f; Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 1, Anm.20 und § 87, Anm.120; Brecht, BetrVG, 1972, § 1, Anm.9; G. Hueck, Die BV, S.40; Leinemann, BUV 71, 49 (52 ff); Neumann-Duesberg, BetrVG, S.183 f; Schumann, aaO., S.333 ff

3) vgl. Leinemann, AuR 70, 137

4) Denkl, aaO., S.64; G. Hueck, aaO., S.38; Neumann-Duesberg, aaO., S.184; vgl. auch Kammann, DB 69, 2133

senden Herrschaftsrechte wirksam zu beschränken, nicht dagegen, den einzelnen Arbeitnehmer einer "korporativ strukturierten Betriebsgemeinschaft zu unterwerfen"¹⁾. Dies hat sich auch nicht durch das neue BetrVG 1972 geändert. Zwar wurde hier ausdrücklich das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in § 2 Abs. 1 und das Gebot, über strittige Fragen mit dem ernststen Willen zur Einigung zu verhandeln, in § 74 Abs.1 normiert. Durch diese Partnerschaft soll jedoch keine idealisierende, übergeordnete Rechtsgemeinschaft umschrieben werden, in der die Interessengegensätze zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern aufgehoben sind²⁾. Ein Schluß von der Partnerschaft zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat auf eine Betriebsgemeinschaft mit autonomer Rechtssetzungsbefugnis ist aber keinesfalls statthaft. Denn würde man eine derartige Betriebsgemeinschaft anerkennen wollen, so müßte man in ihr auch ein eigenständiges Organ der Betriebsverfassung sehen. Im BetrVG lassen sich aber überhaupt keine Anhaltspunkte finden, die auf eine eigene Organstellung einer Betriebsgemeinschaft hindeuten.

Aber selbst wenn man mit der h.M. von einer originär mit autonomer Rechtssetzungsmacht ausgestatteten Betriebsgemeinschaft ausgeht³⁾, läßt sich daraus noch nicht auf eine Strafgewalt eben dieser Gemeinschaft schließen⁴⁾. Denn eine Strafgewalt a priori ist jedenfalls nicht anzuerkennen⁵⁾. Bei der Begründung

1) Richardi, Kollektivgewalt, S.292

2) Brecht, BetrVG, 1972, § 1, Anm.19

3) was übrigens in einem auffallenden Widerspruch zur rechtlichen Bewertung von TV und BV steht, deren Rechtswirkungen auf eine gesetzliche Ermächtigung zurückgeführt werden, vgl. Dietz-Richardi, § 87 Anm.120

4) so richtig Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl., § 87, Anm.120; Schumann, aaO., S.333; vgl. auch Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, S.49

5) Die Feststellung, daß ein praktisches Bedürfnis für

der Strafgewalt der autonomen Betriebsgemeinschaft muß daher die h.M. letztlich auf den Schluß von der Ordnungsbefugnis auf die Strafbefugnis zurückgreifen, ein Schluß, der wie schon gezeigt¹⁾ unzulässig ist, weil eben das Funktionieren einer Ordnung nicht auch zwingend eine Strafgewalt voraussetzt.

Im Ergebnis ist daher auch die Theorie von der Strafbefugnis der autonomen Betriebsgemeinschaft für die Begründung der Zulässigkeit von Betriebsbußen ungeeignet²⁾.

II. Eigene Ansicht

Die von Literatur und Rechtsprechung zugrundegelegten Rechtsquellen zur Begründung einer betrieblichen Strafgewalt haben sich insgesamt als im Ergebnis nicht stichhaltig erwiesen.

Wenn überhaupt, lassen sich daher die Betriebsbußen nur als Vertragsstrafen gem. den §§ 339 ff BGB begründen. Nur dies entspricht auch unserem Verständnis vom Arbeitsverhältnis als einem Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als gleichberechtigten Partnern. Dies ist nicht nur rechtliche Fiktion, sondern findet seine Verwirklichung in der Gleichgewichtigkeit der Kollektivmächte.

solche Strafen bestehe, ist jedenfalls keine geeignete rechtliche Begründung für eine Strafgewalt, so auch Fabrizio, Kraft, Thiele, Wiese, BetrVG, § 87 Anm. 63; auch aus dem Subsidiaritätsprinzip folgt nicht schon eine Strafgewalt der Betriebsgemeinschaft, so aber Harbeck, Diss., S.32. Zur Frage, ob die Subsidiaritätslehre auf die geltende Arbeitsrechtsordnung überhaupt Anwendung findet, vgl. Richardi, Kollektivgewalt, S.52 ff.

1) s.o. S.24 mit w. Nachweisen

2) ebenso Denkl, aaO., S.59 ff; Kammann, DB 69, 2133; Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl., § 87, Anm.120; Leinemann, AuR 70, 137; U. Luhmann, aaO., S.53 ff; Schumann, aaO., S.332 ff, 336; Weitnauer, aaO., S.191

Der maßgebliche Ordnungsgrundsatz für das Arbeitsverhältnis ist das Vertragsprinzip¹⁾. Die dem Arbeitnehmer obliegenden Pflichten ergeben sich neben Gesetz und Kollektivvereinbarungen nur aus den vertraglichen Vereinbarungen, nicht dagegen schon aus der Eingliederung in den Betrieb²⁾. Nichts anderes kann auch für Sanktionen gelten, die dem Arbeitnehmer bei Pflichtenverletzungen drohen. Auch diese können nur aus dem Vertragsrecht hergeleitet werden. Dies muß auch für Störungen der betrieblichen Ordnung gelten.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Betriebsbußen den Ordnungsgrundsätzen des Vertragsrechts entsprechen. Maßgebender Ansatzpunkt hierfür ist die Qualifizierung dieser Maßnahmen als Vertragsstrafen.

§ 6: Die Rechtsnatur von Betriebsbußen - Vertrags- oder kollektive Ordnungsstrafe?

I. Die Argumente der Vertragsstrafengegner

Diejenigen, die die Betriebsbußen als kollektive Ordnungsstrafen- bzw. Disziplinarstrafen begreifen, machen gegen die Qualifizierung als Vertragsstrafe geltend, daß sich diese insgesamt in Inhalt und Zweck erheblich voneinander unterscheiden. Dabei machen sie im Einzelnen folgende Argumente geltend:

1. Unterschiede sehen die Vertragsstrafengegner schon in der rechtlichen Grundlage. Die Vertragsstrafe kön-

1) vgl. Dietz-Richardi, § 87, Anm.126

2) Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis, vgl. Söllner, ArbeitsR, 3.Aufl., S.208

ne immer nur vereinbarte Strafe sein¹⁾, sie beruhe allein auf der vertraglichen Abmachung zwischen Gläubiger und Schuldner²⁾. Bei den Betriebsbußen dagegen fehle es häufig an einer derartigen Vereinbarung³⁾. Formelle Grundlage sei hier nämlich die Betriebsordnung, die keine vertragliche Vereinbarung, sondern betriebliche Satzung sei⁴⁾.

2. Weiterhin spreche gegen die Qualifizierung als Vertragsstrafe auch der Umstand, daß der Arbeitnehmer mit dem Eintritt in einen Betrieb, in dem eine Bußordnung bestehe, dieser ohne weiteres unterworfen sei⁵⁾. Es komme nämlich lediglich auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme an, nicht aber darauf, ob sich der Arbeitnehmer auch tatsächlich Kenntnis verschafft habe. Für die Begründung einer Vertragsstrafe könne aber die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme als Fiktion tatsächlicher Vereinbarung nicht ausreichen, da dies den Rahmen der Vertragsautonomie sprengt⁶⁾.

3. Einen wesentlichen Unterschied sehen die Vertragsstrafengegner auch darin, daß ihrer Ansicht nach die Vertragsstrafe gar keine eigentliche Strafe sei⁷⁾, sondern eine Art Schadensersatzpauschalierung bei Nicht- oder Schlechterfüllung der vertraglichen Leistungspflichten⁸⁾. Zweck der Vertragsstrafe sei daher

1) Herschel, aaO., S.22

2) Harbeck, aaO., S.57

3) Herschel, aaO., S.22

4) Harbeck, aaO., S.58; Meyer-Cording, NJW 66, 227

5) Harbeck, aaO., S.58

6) Harbeck, aaO., S.59

7) Herschel, aaO., S.22; Harbeck, aaO., S.60; Stadler, BB 68, 802

8) Herschel, S.22; Harbeck, S.60; Palandt, Vorb.1 a, 2 e vor § 339 BGB

die Sicherung der Vertragserfüllung¹⁾. Sie diene ganz dem Nutzen des Gläubigers, sei daher ganz auf diesen gerichtet und nicht auf den Schuldner²⁾. Auch da, wo sie zusätzlich zum Schadensersatz vereinbart werde, sei ihr Zweck doch Ersatz eines immateriellen oder jedenfalls nicht nachweisbaren Schadens³⁾.

Dagegen sei die Betriebsbuße ausschließlich darauf gerichtet, die Ordnung und Sicherheit im Betrieb zu gewährleisten⁴⁾. Löwisch spricht daher in diesem Zusammenhang von der Vertragsstrafe als dem "Grundverhältnis" und der Betriebsbuße als dem "Betriebsverhältnis"⁵⁾. Im Gegensatz zur Vertragsstrafe diene die Betriebsbuße auch nicht dem Nutzen des Arbeitgebers, sondern allein ganz dem Nachteil des Arbeitnehmers⁶⁾. Der Arbeitnehmer solle für seine Tat büßen⁷⁾. Daher sei die Betriebsbuße insoweit echte Strafe⁸⁾.

4. Der Unterschied zwischen Vertragsstrafe und Betriebsbuße werde auch dadurch deutlich, daß die Vertragsstrafe grundsätzlich dem Gläubiger zufließe, dessen

1) Gagel, aaO., S.34; Herschel, S.22; Harbeck, S.60; Meyer-Cording, NJW 66, 227

2) Gagel, S.35

3) Gagel, S.35

4) Gagel, S.35 f; Gaul, DB 65, 665 f; Haslinger, ZAS 67, 100; Harbeck, S.60; Herschel, S. 22; Herbst, BB 65, 420; Meyer-Cording, NJW 66, 227; Stadler, BB 68, 802; Sieg, RdA 54, 361; Söllner, JZ 66, 804; Kammann, DB 69, 2132; Koch, BB 54, 567

5) Löwisch-Würthenberger, JuS 70, 261

6) Gagel, aaO., S.36; Herschel, aaO., S.22

7) Herschel, aaO., S.23

8) Harbeck, aaO., S.61; Herschel, aaO., S.22; Gagel, S.36

Interessen verletzt worden seien, während die Betriebsbußen gerade nicht dem Arbeitgeber, sondern einer dritten Stelle, etwa einem Sozialfond oder ähnlichem zufließen¹⁾.

5. Ein wesentlicher Unterschied soll nach Ansicht der Vertragsstrafengegner auch hinsichtlich der Strafverhängung bestehen. Während nämlich die Vertragsstrafe mit dem Eintritt des Tatbestandes ohne weiteres verwirkt sei, müsse die Betriebsbuße erst in einem besonderen Verfahren verhängt werden²⁾, "d.h. zu ihrem Effektivwerden bedarf es eines besonderen Aktes, einer konstitutiven Maßnahme, die den Strafanspruch erst aktualisiert und ihm zur Existenz verhilft"³⁾.

6. Betriebsbußen und Vertragsstrafen seien auch vom Inhalt her nicht identisch. Während sich nämlich die Vertragsstrafen grundsätzlich auf Geldleistungen bezögen und nur vermögenswerte Leistungen zum Inhalt haben könnten⁴⁾, sei die Geldbuße nur eine von mehreren Betriebsbußen. Dagegen würden Betriebsbußen wie Verwarnung oder Verweis nicht in das Kleid der Vertragsstrafe passen⁵⁾.

7. Schließlich sei Voraussetzung für die Verhängung einer Betriebsbuße, daß der Arbeitnehmer den Ordnungsverstoß verschuldet habe⁶⁾. Die Verwirkung einer Vertragsstrafe sei dagegen vom Verschulden unabhängig⁷⁾.

1) Harbeck, aaO., S.61; Herschel, S.23; Meyer-Cording, NJW 66, 227

2) Gagel, S.45; Gaul, DB 65, 666; Harbeck, S.65; Herschel, S.24; Meyer-Cording, NJW 66, 227; Löwisch, JuS, 70, 261; Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, S.52; Neumann-Duesberg, aaO., S.491; Sommer, AR-Blattei, aaO. B II

3) Herschel, S.24

4) Harbeck, aaO., S.61

5) Gagel, aaO., S.48; Harbeck, S.61; Herschel, S.24; Kaiser, BB 66, 1108 f

6) Gagel, aaO., S.46; Harbeck, S.63; Meyer-Cording, NJW 66, 227

7) vgl. FN.6

Auf Grund all dieser Argumente glauben die Vertragsstrafengegner, das Wesen der Betriebsbuße sei mit der Vertragsstrafe nicht in Einklang zu bringen. Nur die Theorie der autonomen Strafe gebe der "Betriebsjustiz" einen "vertieften und sachgerechteren Sinn"¹⁾.

II. Eigene Meinung

Die Argumentation der Vertragsstrafengegner mag für sich gesehen einleuchtend klingen, sie geht jedoch von einem falschen, weil zu engem Verständnis der bürgerlich-rechtlichen Vertragsstrafe aus.

Wie sich zeigen wird, passen auch die Betriebsbußen in das Schema der Vertragsstrafe, ohne daß es hierfür dogmatischer Saltos bedürfte, insbesondere wenn man die Grundlage für die Betriebsbußen auch in der unechten Vertragsstrafe gem. § 343 Abs.2 BGB sieht²⁾.

Herschel meint bezüglich des Unterschieds zwischen Betriebsbuße und Vertragsstrafe, die unechte Vertragsstrafe gehöre nicht hierher³⁾. Das Gegenteil hat unterdessen Bötticher⁴⁾ nachgewiesen, dem der Verdienst

1) Herschel, aaO., S.24

2) so vor allem Bötticher, ZfA 70, 61; Zöllner, ZZP 83, 387; für den Vertragsstrafencharakter von Betriebsbußen an sich haben sich vor allem ausgesprochen Baur, JZ 65, 165; Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl., § 87, Anm.126; Leinemann, AuR 70, 140 f; U.Luhmann, aaO., S.77 ff; Denkl, aaO., S.69 ff; Schumann, Gedächtnisschrift für Dietz, S.332, FN. 32 und S.341; Weitnauer, Festschrift für Reinhardt, S.179; Gamillscheg, ArbR, 3.Aufl., S.432; Früher war die Vertragsstrafe die absolut h.M., vgl. Gagel, S.20 ff; Herschel, S.21; für den Vertragsstrafencharakter der Vereinsstrafen schon Heinsheimer, Mitgliedschaft u. Ausschluss, Berlin, 1913, S.53

3) Herschel, aaO., S.22 ohne weitere Begründung

4) Bötticher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA 70, 3 ff

gebührt, die unechte Vertragsstrafe aus ihrem "Dornröschenschlaf" geweckt zu haben¹⁾).

1. Die unechte Vertragsstrafe als allgemeine Grundlage für Privatstrafen:

Die unechte Vertragsstrafe, auch selbständiges Strafversprechen genannt²⁾, hat im Gesetz nur eine sehr versteckte Regelung erfahren, nämlich in § 343 Abs.2 BGB. Aus dieser Regelung ergibt sich, daß man eine Vertragsstrafe auch für den Fall versprechen kann, daß man eine bestimmte Handlung vornimmt oder unterläßt. Wesentlicher Unterschied zu der echten Vertragsstrafe bzw. dem sogenannten unselbständigen Strafversprechen gem. § 339 BGB ist der, daß bei der unechten Vertragsstrafe die mit der Strafe bedrohte Handlung unabhängig von den eigentlichen Vertragspflichten sein kann, während die echte Vertragsstrafe von der Nicht- bzw. Schlechterfüllung der geschuldeten Leistung abhängt, also akzessorisch ist. Dadurch ist der Anwendungsbereich für die unechte Vertragsstrafe im Gegensatz zur echten ungemein weit, und es ist Bötticher zuzustimmen, wenn er § 343 Abs.2 BGB als globale Regelung für die Zulässigkeit von Strafen im Privatrecht bezeichnet und die echte Vertragsstrafe gem. § 339 BGB nur als eine besonders geregelte Qualifikation der Vertragsstrafe ansieht³⁾).

1) so sein Anliegen, vgl. Bötticher, aaO., S.4; vgl. aber auch Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, S.68

2) vgl. Bötticher, aaO., S.7

3) Bötticher, aaO., S.14

Durch das Institut der unechten Vertragsstrafe ist es daher möglich, auf Grund vertraglicher Vereinbarung bestimmte Handlungen zu "strafbaren" Handlungen zu erheben, ohne daß hier die eigentliche Vertragserfüllung in Frage steht. Zweck der unechten Vertragsstrafe ist daher nicht die Schaffung eines zusätzlichen Erfüllungszwangs¹⁾ hinsichtlich der vertraglichen Leistungspflichten, sondern ganz allgemein die Schaffung eines Druck- und Zwangsmittels für ein bestimmtes Verhalten des Schuldners²⁾, das auch unabhängig von den eigentlichen vertraglichen Leistungspflichten des Schuldners sein kann. Die Vertragsstrafe heißt also nicht deshalb so, weil sie vertragliche Ansprüche sichern soll, sondern weil sie durch Vertrag begründet wird³⁾. Wenn die unechte Vertragsstrafe damit nicht von der eigentlichen Vertragserfüllung - bzw. Nicht- oder Schlechterfüllung abhängt, so heißt das allerdings nicht, daß mit ihr nicht eine Pflichtenverletzung sanktioniert würde. Auch die unechte Vertragsstrafe ist insoweit akzessorisch, als sie von der Verletzung von Rechtspflichten abhängt⁴⁾. Nur brauchen diese Rechtspflichten nicht von vorneherein zu bestehen, sondern können zu solchen auch erst mit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe werden⁵⁾.

Aus der Zulässigkeit der unechten Vertragsstrafe folgt auch, daß es bei der Verwirkung einer Vertragsstrafe

1) Bötticher, aaO., S.16; vgl. aber Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, S.52

2) Bötticher, aaO., S.8

3) Bötticher, aaO., S.6; Weitnauer, aaO., S.181; Zöllner, ZZP 83, 388; a.A. Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.137

4) Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe, S.69

5) Aus diesem Grund leugnet Lindacher den von der h.M. gemachten Unterschied zwischen echter und unechter Vertragsstrafe. Er stellt auf die verschiedenen Arten der gesicherten Rechtspflichten ab, vgl. Lindacher, S.68

nicht auf ein schadensrechtlich relevantes Interesse des Gläubigers ankommen muß¹⁾. Funktion der Vertragsstrafe ist hier nämlich in erster Linie die Einhaltung der vereinbarten Pflichten zu gewährleisten, nicht dagegen einen möglichen Schaden im voraus abzudecken. Daß die vereinbarte Strafe im Fall der Pflichtenverletzung verhängt werden muß, gründet darin, daß nur die Sanktionierung gewährleisten kann, daß die Konventionalstrafe ihre Funktion im Regelfall zu erfüllen vermag²⁾.

Geht man daher davon aus, daß die grundsätzliche Funktion der Vertragsstrafe ganz allgemein darin besteht, durch die Vereinbarung von Sanktionen den konkreten Schuldner zu pflichtgemäßen Verhalten zu nötigen, so halten die Argumente der Vertragsstrafengegner einer kritischen Betrachtung nicht stand.

2. Kritik an den einzelnen Argumenten der Vertragsstrafengegner:

a) Wenn geltend gemacht wird, die Betriebsbußen beruhen auf der Betriebsordnung als einer betrieblichen Satzung und es fehle daher schon an einer vertraglichen Vereinbarung³⁾, so ist dies schon nicht richtig.

Zwar stimmt es, daß formelle Grundlage für die Betriebsbußen in aller Regel eine Betriebsordnung ist⁴⁾, hierbei handelt es sich aber dann um nichts anderes als um eine zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber abgeschlossene Betriebsvereinbarung.

Nun wurde allerdings die Ansicht vertreten, bei der Betriebsvereinbarung handele es sich nicht um einen

1) Böttcher, aaO., S.6 ff; Lindacher, aaO., S.66

2) Lindacher, aaO., S.66

3) s.o. § 6 I 1.

4) vgl. BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbußen"

Vertrag sondern um eine betriebliche Satzung¹⁾.

Grund für diese Annahme ist die Ansicht, der Betrieb sei ein überindividueller Organismus mit einer korporativ strukturierten, zur innerbetrieblichen Rechtsetzung befugten Betriebsgemeinschaft²⁾.

Es wurde jedoch schon oben³⁾ darauf hingewiesen, daß eine derartige Betriebsgemeinschaft im Rechtssinn nicht anerkannt werden kann und diese Theorie daher abzulehnen ist⁴⁾. Die Betriebsvereinbarung kann deswegen auch nicht als betriebliche Satzung verstanden werden, sondern nur als eine kollektive vertragliche Vereinbarung⁵⁾.

Gemäß § 77 Abs.4 BetrVG gelten die Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend, d.h. sie beanspruchen Geltung für die einzelnen Arbeitsverhältnisse ohne Rücksicht auf eine entsprechende Willensäußerung oder sogar ohne Kenntnis der Betriebsvereinbarung⁶⁾.

Beruhet somit die Betriebsordnung auf einem kollektiven Vertrag der Betriebspartner, so spricht nichts dagegen, die darin vereinbarten Betriebsbußen als Vertragsstrafen aufzufassen, die kraft der normativen Wirkung der Betriebsvereinbarung unmittelbar für alle Arbeitsverhältnisse gelten⁷⁾, voraus-

1) vgl. Herschel, RdA 48, 47 (49); ders., RdA 56, 161 (168)

2) s.FN.1; außerdem Galperin, Begriff und Wesen des Betriebsverbandes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1.Bd., 1964, S.75 ff (85 ff)

3) s.o. S. 35

4) s.o. FN.2, S.35

5) Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, 7.Aufl., S.1272; G.Hueck, Die BV, S.40; Richardi, Kollektivgewalt, S.309; Schaub, ArbR., S.840

6) Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, 7.Aufl., S.1290

7) Baur, JZ 65, 165; Bötticher, ZfA 70, 51 FN. 142; Dietz-Richardi, BetrVG, § 87, Anm.138; Weitnauer, aaO., S.189 f

gesetzt, daß die Vereinbarung von Betriebsbußen durch eine Betriebsvereinbarung an sich zulässig ist¹⁾.

b) Auch das Argument, die Vertragsstrafe sei keine echte Strafe, sondern Mittel der Vertragssicherung und Schadensersatzpauschalierung²⁾, ist nicht richtig.

Zwar mögen der Vertragsstrafe durchaus derartige Funktionen zukommen können³⁾, und insbesondere die echte Vertragsstrafe gem. § 339 BGB mag dafür angelegt sein. Es sind dies aber nicht notwendig die einzigen Funktionen, die die Vertragsstrafe übernehmen kann, wie eben gerade die weite Regelung der unechten Vertragsstrafe gemäß § 343 Abs. 2 BGB zeigt. Auch die Vertragsstrafe kann durchaus als "echte" Strafe versprochen werden⁴⁾.

In diesem Zusammenhang muß man allerdings überlegen, was überhaupt unter einer "echten" Strafe zu verstehen ist. Strafe ist ja nicht gleich Strafe, sondern lediglich ein vager Oberbegriff für alle möglichen Arten von Sanktionen. Wenn man im rechtlichen Sinn von Strafen redet, dann meint man damit allein die Kriminalstrafen. Hinter diesen steht ein besonderer ethischer Unwertgehalt, der allen anderen Strafen nicht anhaftet. Das Bundesverfassungsgericht hat das für den Unterschied zwischen Kriminalstrafe und Ordnungswidrigkeit so ausgedrückt, daß letztere lediglich als ein Instrument nachdrücklicher Pflichtenmahnung aufzufassen sei⁵⁾. Der

1) verneinend z.B. Schumann, aaO., S. 330; im Einzelnen hierzu unten § 8 II

2) s.o. S. 39, § 6 I 3

3) vgl. aber Lindacher, Vertragsstrafe, S. 66

4) Böttcher, aaO., S. 8, 16, 30; Denkl, aaO., S. 70; Weitnauer, aaO., S. 185

5) BVerfGE 9, 167 ff (171)

Ordnungswidrigkeit fehle der Ernst der staatlichen Strafe, der Schuldvorwurf erreiche hier nicht die Sphäre des Ethischen¹⁾.

Faßt man somit schon im Bereich der Ordnungswidrigkeiten Strafe nur als nachdrückliche Pflichtenmahnung auf, gilt dies umso mehr für den Bereich der privaten Strafe. Hier fehlt es erst recht an einem ethischen Unrechtsvorwurf²⁾.

Denn mit den Sanktionen im Privatrecht soll und darf ja nicht allgemein Unrecht geahndet werden, sondern sie beziehen sich speziell auf die Verletzungen im gegenseitigen Pflichtenverhältnis. Dies zeigt sich z.B. besonders deutlich bei der privatrechtlichen Sanktionierung von Kriminalstraftatbeständen. Soll ein Arbeitnehmer mit einer Betriebsbuße bestraft werden, weil er im Betrieb gestohlen hat, so kann hinter der Betriebsbuße nicht der ethische Schuldvorwurf etwa der Betriebsgemeinschaft stehen, sondern Zweck der Betriebsbuße kann allein die Ahndung der speziellen Pflichtverletzung des Arbeitsverhältnisses sein. Jede andere Auffassung käme in verfassungsrechtliche Konflikte³⁾. Versteht man demnach die Betriebsbußen in diesem Sinn der speziellen Pflichtenmahnung, löst sich ein Konkurrenzproblem zwischen Betriebsbuße und Kriminalstrafe schon vorzeitig auf.

Als Instrument nachdrücklicher Pflichtenmahnung lassen sich die Betriebsbußen auch reibungslos in das Vertragsrecht mit einbeziehen und als Vertragsstrafen verstehen. Denn im Mittelpunkt steht hier allein die

1) BVerfGE 9, 167 ff (171)

2) vgl. Lindacher, Vertragsstrafe, S.63 ff; vgl. aber Herschel, aaO., S.20, der auch in der Betriebsbuße ein spezifisch spzialethisches Verdikt sieht.

3) vgl. u. § 7

Verhütung und Ahndung der individuellen Pflichtenverletzung. Gerade dies ist aber grundsätzliche Funktion der Vertragsstrafe.

Dem Vertragsstrafencharakter der Betriebsbußen widerspricht auch nicht das Argument, diese dienten ausschließlich der Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit im Betrieb¹⁾. Der Versuch, die Betriebsbußen auf diese Weise in die kollektive Ebene der Betriebsgemeinschaft zu rücken, ist schon deshalb nichtig, weil auch die Einhaltung der betrieblichen Ordnung zu den einzelarbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers gehört²⁾. Demgegenüber spielt es keine Rolle, daß die betriebliche Ordnung zu den kollektiven Betriebsangelegenheiten gehört³⁾, da ja für die Ahndung von Verstößen gegen die betriebliche Ordnung allein die individuelle Pflichtenverletzung maßgebend ist, nicht aber ein vages kollektives Ordnungsdenken. Für die individuellen Pflichtenverletzungen stehen neben den immanenten vertragsrechtlichen Sanktionen aber eben gerade die Vertragsstrafen zusätzlich zur Verfügung. Selbst wenn man aber davon ausgeht, daß die Einhaltung der betrieblichen Ordnung nicht auch zu den arbeitsvertraglichen Pflichten gehört, würde dies nicht gegen eine Einordnung der Betriebsbußen als Vertragsstrafen sprechen, da eben dann durch die Vereinbarung von solchen Vertragsstrafen die Einhaltung der betrieblichen Ordnung zur Rechtspflicht jedes einzelnen Arbeitnehmers erhoben würde⁴⁾.

c) Die Betriebsbußen als Vertragsstrafen einzuordnen,

1) s.o. S. 40

2) Denkl, aaO., S.72 f; Leinemann, AuR 70, 141; Weitnauer, aaO., S.192; Zöllner, ZZP 83, 387

3) vgl. § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG

4) vgl. Zöllner, aaO. S.387 f

widerspricht es auch nicht, daß etwa die Geldbuße nicht dem Arbeitgeber, sondern einer dritten Stelle, z.B. einem Sozialfond oder ähnlichem zufließt¹⁾.

Daß die h.M. hier einen Unterschied zwischen Vertragsstrafe und Betriebsbuße sehen will, mag wohl an der einseitigen Fixierung der Vertragsstrafe hinsichtlich ihrer Schadensersatzfunktion liegen. Hat man aber erkannt, daß der Vertragsstrafe durchaus auch die Funktion "echter" Strafe im Sinne einer nachdrücklichen Pflichtenmahnung zukommen kann und daß diese damit nicht lediglich dem materiellen Vorteil des Gläubigers dienen muß, so wird offensichtlich, daß es nicht zu den notwendigen Merkmalen der Vertragsstrafe gehört, daß diese dem Gläubiger zufließt²⁾. Dem Charakter der Vertragsstrafe widerspricht es daher nicht, wenn die als Strafe versprochene Leistung zugunsten eines Dritten ausbedungen wird³⁾.

d) Die Vertragsstrafengegner können auch nicht mit ihrem Argument gehört werden, ein wesentlicher Unterschied zwischen Vertragsstrafe und Betriebsbuße liege darin, daß diese ohne weiteres verwirkt, jene aber erst verhängt werden müsse⁴⁾.

Auch hier bleiben die Vertragsstrafengegner zu sehr am Gesetzeswortlaut hängen, ohne damit dem Wesen sowohl der Vertragsstrafe als auch der Betriebsbuße gerecht zu werden.

Wenn § 339 BGB davon ausgeht, daß eine Vertragsstrafe ohne weiteres verwirkt werde, so ist dies einleuchtend

1) s.o. S.40 f, § 6 I 4

2) Leinemann, AuR 70, 141

3) Bötticher, aaO., S.32

4) s.o. S. 41 , § 6 I 5.

für den dort geregelten Fall, daß der Schuldner eine fest bestimmte Geldleistung verspricht.

Etwas anders ist die Sachlage dagegen, wenn nicht eine bestimmte Leistung, sondern verschiedene, ja sogar verschiedene Arten von Leistungen versprochen werden. Welche Leistung hier im konkreten Fall als Strafe verwirkt ist, ist im voraus nicht abzusehen. Die Bestimmung der Strafe obliegt daher hier entweder dem Gläubiger selbst gem. § 315 BGB oder aber einem Dritten gem. § 317 BGB, wenn dies von den Parteien so vereinbart wurde. Durch den konstitutiven Akt der Leistungs (=Straf)-bestimmung ist die jeweilige Strafe verwirkt. Diese Form der Verwirkung entspricht rechtlich aber der "Verhängung" der Betriebsbußen¹⁾.

Bezüglich der Anwendung der §§ 315 ff BGB in diesem Zusammenhang bestehen auch keine Bedenken, da die Vertragsstrafen als vertragliche Strafen im Rahmen der Privatautonomie ebenfalls der Parteidisposition unterliegen. Eine in diesem Sinne richtig verstandene "Verhängung" der Betriebsbußen widerspricht daher nicht ihrem Wesen als Vertragsstrafen²⁾.

e) Schließlich spricht gegen eine Qualifizierung der Betriebsbußen als Vertragsstrafen auch nicht das Argument, daß solche Strafen wie Verwarnung und Verweis nicht in das Kleid der Vertragsstrafe passten, da hier nur vermögenswerte Leistungen als Strafen ausbedungen werden könnten³⁾. Strafen wie Verwarnung oder Verweise seien aber keine Leistungen in diesem Sinn⁴⁾.

1) vgl. Denkl, aaO., S.73

2) ebenso Bötticher, aaO., S.32 f; Baur, JZ 65, 165; Denkl, aaO., S.73; Leinemann, AuR 70, 141; Weitnauer, aaO., S.182; Zöllner, aaO., S.387; ähnlich Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl., § 87, Anm.142, der allerdings darauf hinweist, daß auch die Betriebsbußen verwirkt werden

3) s.o. § 6 I 6; vgl. außerdem Dietz-Richardi, § 87, Anm.137

4) vgl. FN. 5, S.41

Dies gestehen auch einige Befürworter der Vertragsstrafentheorie zu, machen jedoch geltend, bei diesen Sanktionen handele es sich lediglich um vertragliche Abmahnungen, die dem Arbeitgeber von vorneherein ohne eine besondere Vereinbarung zustünden¹⁾.

Dieser Ansicht kann aber allenfalls bezüglich der Abmahnung in Form einer mündlichen Verwarnung gefolgt werden. Dagegen kann ein förmlicher Verweis, der ja eine fortdauernde Beeinträchtigung des Arbeitnehmers zur Folge hat, nicht mehr dem vertraglichen Abmahnungsrecht des Gläubigers zugerechnet werden²⁾.

Es ist aber auch nicht einzusehen, warum nicht auch Sanktionen wie Verwarnung oder Verweis als Vertragsstrafen versprochen werden können. Wenn § 342 BGB ganz allgemein auch andere Leistungen als die Zahlung einer Geldsumme zuläßt, ist nicht ersichtlich, daß hierunter jedenfalls nur vermögenswerte Leistungen zu verstehen seien³⁾. Eine derartige Einschränkung des Leistungsbegriffs in § 342 BGB resultiert aus dem falschen Verständnis der Vertragsstrafe, Voraussetzung für diese sei ein schadensrechtlich relevantes Interesse des Gläubigers. Die Funktion der Vertragsstrafe ist aber grundsätzlich in der nachdrücklichen Pflichtenmahnung, nicht in der vorsorglichen Abdeckung eines möglichen Schadens zu sehen⁴⁾. Daher ist auch eine Beschränkung der Sanktionen auf vermögensrechtliche Leistungen nicht geboten. Als Vertragsstrafen können daher Leistungen jeder Art vereinbart werden. Eine Leistung kann aber auch in einem Unterlassen bestehen (§ 241 S.2 BGB). Als Unterfall des Unterlassens läßt sich das Dulden von Handlungen begreifen. Somit können auch Duldungspflichten

1) Baur, JZ 65, 165; Bötticher, aaO., S.51, Denkl, aaO., S.74; Leinemann, AuR 70, 141; Dietz-Richardi, § 87, Anm.128

2) vgl. hierzu u. § 10 und Schumann, aaO., S.353, FN.87

3) so Gagel, aaO., S.48; Dietz-Richardi, § 87, Anm.137

4) vgl. Lindacher, aaO., S.63 ff; Bötticher, aaO., S. 6 ff

Leistungen im allgemeinen und damit auch im Sinn von § 342 BGB darstellen¹⁾.

Wenn dem Arbeitgeber das Recht zu förmlichen Verweisen eingeräumt wird, so steht dem eine entsprechende Duldungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber. Somit läßt sich auch der Verweis als eine Leistung im Sinn von § 342 BGB begreifen²⁾.

Auch Strafen wie Verweise oder ähnliche förmliche Rügen stehen daher der Qualifizierung der Betriebsbußen als Vertragsstrafen nicht entgegen.

f) Wenn letztlich gegen die Qualifizierung der Betriebsbußen als Vertragsstrafen vorgebracht wird, für die Verhängung der Betriebsbußen sei Verschulden erforderlich, die Verwirkung von Vertragsstrafen dagegen sei vom Verschulden unabhängig³⁾, so kann auch dieses Argument nicht überzeugen.

Zwar ist richtig, daß die Verwirkung einer Vertragsstrafe nicht an ein schuldhaftes Verhalten des Schuldners geknüpft zu werden braucht, dies entspricht lediglich dem Grundsatz der Privatautonomie. Dem steht jedoch nicht entgegen, daß für den Fall "echter" Strafen der Verschuldensgrundsatz durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung auch bei den Vertragsstrafen gilt⁴⁾, geht doch selbst das Gesetz im Grundfall des § 339 BGB vom Verschulden aus, wenn es für die Verwirkung der Vertragsstrafe an den Verzug des Schuldners anknüpft. Bekanntlich kommt der Schuldner aber nur durch Verschulden in Verzug (§ 285 BGB).

Der Qualifizierung als Vertragsstrafe steht also auch

1) a.A. aber Leinemann, AuR 70, 141

2) Weitnauer, aaO., S.182; H.P. Westermann, Die Verbandstraftgewalt u. das allg. Recht, 1972, S.33; unschlüssig Denkl, aaO., S.74

3) s.o. S. 41, § 6 I 7.

4) Böttcher, aaO., S.50

nicht entgegen, daß die Betriebsbußen vom Verschulden abhängig gemacht werden.

Zusammenfassend läßt sich damit feststellen, daß die Argumente der Vertragsstrafengegner die Vertragsstrafentheorie nicht erschüttern können.

3. Zusätzliche Argumente für die Vertragsstrafentheorie

Im übrigen wird auch die Theorie der autonomen Satzungsstrafen den Betriebsbußen in einigen Punkten nicht gerecht, in denen auch die Vertragsstrafentheorie paßt.

a) Hier sind zum einen die Kleinbetriebe zu nennen, in denen überhaupt kein Betriebsrat besteht. Bei diesen Betrieben wäre es erst recht verfehlt, von einer zur autonomen Rechtsetzung befugten Betriebsgemeinschaft zu sprechen. Es ist aber auch in diesen Betrieben durchaus sinnvoll, für Ordnungsverstöße zusätzliche Sanktionen zu schaffen, gerade auch im Hinblick auf eine effektive Einschränkung der Entlassung. Vom kollektiven Standpunkt aus ist man in diesen Fällen gezwungen, die Schaffung von Betriebsbußen einseitig auf Grund des Direktionsrechts des Arbeitgebers zu gestatten¹⁾. Wie aber schon gezeigt wurde²⁾, wird eine Strafbefugnis des Arbeitgebers durch das Direktionsrecht nicht gedeckt.

Dagegen ist die Qualifizierung der Betriebsbußen als Vertragsstrafen geeignet, gerade auch in diesen Fällen eine dogmatisch einheitliche Lösung zu liefern³⁾.

1) vgl. Herschel, aaO., S.41

2) s.o. S.

3) Ob die Betriebsbußen auch im Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden können, ist allerdings auch bei den Befürwortern der Vertragsstrafentheorie umstritten, verneinend etwa Dietz-Richardi, § 87, Anm.149; im Einzelnen hierzu unten § 8

b) Nach einhelliger Auffassung unterliegen die Betriebsbußen in jeder Hinsicht der vollen richterlichen Überprüfung¹⁾.

Für die Vertragsstrafentheorie ergibt sich das richterliche Überprüfungsrecht ohne weiteres aus § 343 Abs. 1 BGB.

Dagegen hat die Theorie der autonomen Ordnungsstrafen auch hier mit einer dogmatisch sauberen Lösung Schwierigkeiten. Denn wenn man dem Betrieb auf Grund des Subsidiaritätsprinzips eine bestimmte eigene Satzungsgewalt für die inneren Angelegenheiten zugesteht, so steht dazu ein volles richterliches Überprüfungsrecht in gewissem Widerspruch²⁾.

c) Durch die Einbeziehung der Betriebsbußen in das Vertragsrecht, ist schließlich auch die Einheitlichkeit der den Arbeitnehmern drohenden Sanktionen auf betrieblicher Ebene gewährleistet. Denn es besteht keine Konkurrenz mehr zwischen verschiedenen Sanktionensystemen, denen die Arbeitnehmer ausgesetzt wären³⁾. Dadurch entfällt auch die Notwendigkeit einer strengen Abgrenzung der Betriebsbußen von anderen Sanktionen. Sie brauchen nun nicht mehr allein auf die konkrete Ordnung des Betriebs bezogen werden, sondern lassen sich ganz allgemein auf Pflichtenverstöße im Arbeitsverhältnis beziehen.

1) vgl. BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"; vgl. insbesondere Dietz, Rechtsstaatl. Gerichtsschutz im PrivatR., 1970, S.278 ff

2) Für die Vereinsstrafe wird daher konsequent ein volles Überprüfungsrecht abgelehnt, vgl. etwa BGH JZ 67, 30; BGH NJW 67, 1657 (1659); zur Entwicklung der Rechtsprechung heute vgl. Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, 1973, S.45 ff; Larenz, aaO., S.53 meint, ein volles Überprüfungsrecht sei auch vom Standpunkt der autonomen Satzungstheorie gerechtfertigt, auf die Vertragsstr. brauche daher nicht zurückgegriffen werden.

3) vgl. auch Dietz-Richardi, § 87, Anm.126

III. Ergebnis

Entgegen der autonomen Ordnungsstrafentheorie ist Kriterium für die Beurteilung von Betriebsbußen allein das Vertragsrecht¹⁾. Durch die weite Regelung in § 343 Abs.2 BGB ist das Institut der Vertragsstrafe geeignet, auch Sanktionen, wie sie die Betriebsbußen darstellen, zu rechtfertigen. Allerdings kommt es in diesem Zusammenhang auch auf ein richtiges Verständnis der Betriebsbußen an. Diese sind nämlich auf das konkrete Arbeitsverhältnis zu beziehen als ein Instrument der nachdrücklichen Pflichtenmahnung zusätzlich zu den vertragsimmanenten Sanktionen. Dagegen darf man die Betriebsbußen nicht verstehen als Strafe im Sinne eines ethischen Schuldvorwurfs für begangenes Unrecht auf betrieblicher Ebene. Eine derartige Funktion ist allein der staatlichen Kriminalstrafe vorbehalten.

Gerade aber die Theorie der autonomen Ordnungsstrafen bewegt sich gefährlich in der Nähe dieser Auffassung²⁾.

Als Instrument nachdrücklicher Pflichtenmahnung ist für die Betriebsbußen die Verbindung zum maßgebenden Vertragsrecht wieder hergestellt und mit dem Institut der Vertragsstrafen wieder eine tragfähige Rechtsgrundlage gefunden³⁾.

1) vgl. Dietz-Richardi, § 87, Anm.126

2) vgl. etwa Meyer-Cordung, NJW 66, 227; derselbe, Die Vereinsstrafe, S.63 ff

3) im Ergebnis ebenso Böttcher, ZfA 70, 61; Baur, JZ 65, 165; Denkl, aaO., S.69 ff; Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl., § 87, Anm.126 ff, 138, der allerdings nur die Geldbuße als Vertragsstrafe qualifizieren will, dagegen Sanktionen wie Verwarnung und Verweis nicht als Betriebsbußen, sondern nur als vertragliche Abmahnung für zulässig hält, vgl. Dietz-Richardi, aaO., Anm.128; ebenso U. Luhmann, aaO., S.77 ff, 106 ff

§ 7: Verfassungsmäßige und andere grundsätzliche
Bedenken gegen die Zulässigkeit von Betriebs-
bußen

Mit der Rückbesinnung auf das Vertragsrecht und die Vertragsstrafe als die maßgebende Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit von Betriebsbußen sind diese zwar auf eine tragfähige Grundlage gestellt, jedoch sind damit keineswegs alle Zweifel ausgeräumt, die gegen die Zulässigkeit solcher innerbetrieblichen Sanktionen sprechen.

I. Verfassungsmäßige Bedenken

Wenn man von Strafe spricht, ist man leicht geneigt, ein verfassungsrechtlich garantiertes Strafmonopol des Staates und seiner Richter zu assoziieren und damit jegliche private Strafe als unzulässige Anmaßung staatlicher Autorität zu betrachten.

Nicht zuletzt an diesem Punkt hat sich die Diskussion um die Betriebsbußen entzündet. Die Begriffsbildung "Betriebsjustiz" legt hiervon ein beredtes Zeugnis ab.

Für den Vertragsstrafencharakter der Betriebsbußen außerdem: Leinemann, AuR 70, 140 f; Gamillscheg, ArbR 3. Aufl., S. 432; Weitnauer, Festschrift für Reinhardt, 1972, S. 179; Zöllner, ZZP 83, 387;

Im Institut der Vertragsstrafe sieht auch Schumann, Gedächtnisschrift für Dietz, 1973, S. 332, FN. 32 und S. 341 für die Betriebsjustiz den allein richtigen Ansatzpunkt, glaubt jedoch, daß sich letztlich die Betriebsbußen auch nicht als Vertragsstrafen rechtfertigen lassen, aaO., S. 341 ff; zu den Bedenken, den die Betriebsbußen, auch wenn man sie als Vertragsstrafen qualifiziert, noch ausgesetzt sind, vgl. den folgenden § 7.

1. Verstoß gegen die Art. 92, 101 Abs.1, S.2 und 103
Abs.3 GG?

a) Art. 92 GG vertraut die rechtsprechende Gewalt den Richtern an. Hieraus wollte man ein umfassendes Rechtsprechungsmonopol des Staates herleiten, auf Grund dessen privates Strafen überhaupt unzulässig sei¹⁾.

aa) Das Instrument der Strafe ist jedoch kein "Privat-eigentum des Staates²⁾". Das gesetzlich geregelte Institut der Vertragsstrafe ist Beispiel für die Zulässigkeit privater Strafen als solche. Dies bestreitet auch Baur als heftiger Verfechter eines umfassenden staatlichen Rechtsprechungsmonopols nicht³⁾. Rechtsprechungsmonopol versteht er vielmehr in dem Sinne eines Kriminalstrafenmonopols.

Insgesamt unbestritten ist daher, daß verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich Art. 92 GG nicht auftreten, soweit die Betriebsbußen Ordnungsverstöße betreffen, die keine strafbaren Handlungen im Sinne des StGB darstellen.

bb) Ein anderes Bild ergäbe sich aber, soweit auch kriminelle Delikte durch Betriebsbußen geahndet werden sollen. Würde man hier Baur's Ansicht vom umfassenden Rechtsprechungsmonopol des Staates folgen, wäre Art.92 GG als verletzt anzusehen.

Jedoch läßt sich aus Art. 92 GG ein derartig umfas-

1) so Arndt, NJW 65, 26; Baur, JZ 65, 164; Halberstadt, BlStSozArbR 65, 63

2) so richtig Baumann, ZZP 84, 299

3) Baur, JZ 65, 164 f

sendes Rechtsprechungsmonopol im Sinne Baur's nicht herleiten. Denn Art.92 GG richtet sich nur gegen den Staat als eine den Gewaltenteilungsgrundsatz beinhalten-¹⁾ Norm. Sinn und Zweck dieser Norm ist es, die richterliche Gewalt als dritte unabhängige Gewalt neben der Legislative und der Exekutive verfassungsrechtlich zu legitimieren. Dagegen wird die private Gerichtsbarkeit durch Art.92 GG gar nicht berührt²⁾. Im übrigen ließe sich aber das Institut der Betriebsbußen gar nicht als Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG auffassen³⁾.

Dies folgt schon aus dem Wesen der Betriebsbußen als Vertragsstrafen. Eine Annäherung richterlicher Rechtsprechungsbefugnisse liegt hier daher nicht vor. Dies könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn die "Betriebsjustiz" den Arbeitnehmer in seinem gesamten Lebensbereich erfassen würde und wollte. Dies würde in der Tat zur Etablierung von Gesellschaftsgerichten führen, wo man sagen müßte, hier maße man sich die Ausübung rechtsprechender Gewalt an.

Die Betriebsbußen erstrecken sich jedoch nur auf den betrieblichen Bereich. Soweit strafbare Handlungen im Sinne des Strafgesetzbuches verfolgt werden, stellen diese immer zugleich auch eine Verletzung des konkreten Arbeitsverhältnisses dar. Vertragsrechtliche Sanktionen zu ergreifen, kann dem Arbeitgeber nicht verwehrt werden. Denn insoweit ist das Strafrecht keine Sperre für arbeitsrechtliche Folgen.⁴⁾

1) so Bettermann-Scheuner-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd.III 2, S.629; Dengler, aaO., S.123; Denkl., aaO., S.93 f; Franzheim, JR 65, 459 f; Harbeck, aaO., S.39; Herschel, aaO., S.29; Kaiser, BB 66, 1109; Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, S.54 f; Meyer-Cording, NJW 66, 227

2) vgl. Bettermann, aaO., S.629

3) s.FN. 1; Kienapfel, JZ 65, 602; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.92, Rdn.150 f; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.92 Anm.3; Stadler, BB 68, 801; Zöllner, ZJP 83, 381 ff; BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"

4) Baumann, ZJP 84, 299

Soweit daher die Betriebsbußen als Vertragsstrafen zulässig sind, wird durch sie Art. 92 GG nicht verletzt.

b) Aus denselben Gründen liegt auch kein Verstoß gegen Art. 101 Abs.1, S.2 GG vor, denn durch die Verhängung von Betriebsbußen als vertragsrechtliche Sanktionen wird der Betreffende seinem gesetzlichen Richter nicht entzogen.

Art.101 GG will dem Straftäter ein objektives gerichtliches Verfahren sichern. Dem stehen die Betriebsbußen nicht entgegen, da sie den Straftäter einem Strafverfahren weder entziehen wollen noch können.

Wenn gelegentlich geltend gemacht wird, die meisten der innerbetrieblichen Straftaten würden nur intern geahndet und kämen nicht zur öffentlichen Anklage, so spricht das nicht für eine Verletzung des Art.101 GG. Denn eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Anzeige besteht grundsätzlich nicht. Wenn daher der Arbeitgeber eine Anzeige unterläßt und sich auf die Anwendung vertragsrechtlicher Sanktionen beschränkt, wird der betreffende Arbeitnehmer dadurch keineswegs seinem gesetzlichen Richter entzogen.

c) Insoweit scheidet auch eine Verletzung des Art.103 Abs.3 GG aus. Durch die Verhängung von Betriebsbußen wird nicht gegen das Verbot der Doppelbestrafung verstoßen. Denn die Verhängung von Betriebsbußen als eine vertragsrechtliche Sanktionierung ist keine Bestrafung "auf Grund der allgemeinen Strafgesetze", auch dann nicht, wenn sie im Einzelfall kriminelle Handlungen betrifft. Denn auch insoweit wird die Betriebsbuße allein auf Grund vertraglicher Vereinbarung verhängt.

2. Verstoß gegen Art.1 Abs. 1 GG?

Im Anschluß an Flume¹⁾ hat Zöllner für den Bereich des Betriebsbußenwesens die Ansicht vertreten, daß Ehrenstrafen unzulässig sind²⁾. Dabei soll als Ehrenstrafe alles gelten, "was allein oder gezielt über die Beeinträchtigung der Ehre und Würde der Person Sanktionscharakter hat"³⁾. Beispielhaft wird als Ehrenstrafe der formalisierte, am schwarzen Brett veröffentlichte Verweis genannt⁴⁾. Zur Begründung führt Zöllner an, die Würde der Person sei nur begrenzt disponibel⁵⁾. Für Richardi ist eine derartige Maßnahme dagegen schon deshalb unzulässig, weil sie eine gezielte personale Unwertdeklaration darstelle und deshalb Strafcharakter habe⁶⁾. Diese Ansicht Richardis erklärt sich daraus, daß er Sanktionen wie Verwarnung oder Verweis als Vertragsstrafen nicht für möglich hält und diese Maßnahmen daher nur als vertragliche Abmahnungen zulassen will⁷⁾. Als Sanktion mit zusätzlichem Strafcharakter ist der Verweis vom diesem Standpunkt aus natürlich dann nicht zulässig.

Im übrigen bedarf es aber keiner weiteren Begründung, daß Betriebsbußen, die als Ehrenstrafen die Würde der Person verletzen, unzulässig sind. Art.1 Abs.1 GG ist

1) Flume, Festschrift für Bötticher, S.123 ff (125)

2) Zöllner, ZZP 83, 376; ebenso Baumann, ZZP 84, 299; Dietz-Richardi, BetrVG, 5.Aufl., § 87, Anm.129, 132; Maunz-Dürig-Herzog, Art.92, Rdn. 163; H.P. Westermann, Verbandsstrafgewalt, aaO., S.42

3) Zöllner, aaO., S.376; Etwas grundsätzlich anderes versteht Bötticher, ZfA 70, 50 unter einer Ehrenstrafe. Er meint, sie heiße, so, weil die Verehne ehre gewahrt werden soll.

4) Zöllner, aaO., S.376; Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.129

5) Zöllner, aaO., S.376

6) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.129

7) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.128, 137

insoweit auch für die privaten Betriebsbußen eine verfassungsrechtliche Sperre, sei es daß man eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte annimmt¹⁾, sei es daß man nur von einer mittelbaren Wirkung über die §§ 138, 242 BGB ausgeht²⁾. Denn jedenfalls wäre die Vereinbarung von Betriebsbußen, die die Würde der Betroffenen verletzen, sittenwidrig und damit nichtig (§ 138 BGB).

Allerdings ist fraglich, ob ein förmlicher Verweis ohne weiteres die Würde der Person verletzt. Dies würde darauf hinauslaufen, daß nur Vermögensstrafen zulässig wären³⁾. Es ist jedoch nicht einzusehen, daß ein Verweis nur dadurch, daß er förmlich ausgesprochen wird, von vorneherein die Würde der Person verletzen soll. Als die Verhängung der Betriebsbußen in der Gewerbeordnung noch gesetzlich geregelt war, hieß es dort ausdrücklich, daß Strafbestimmungen, welche das Ehrgefühl und die guten Sitten verletzen, unzulässig sind⁴⁾. Trotz dieser klaren Regelung hielt damals niemand Sanktionen wie etwa die des förmlichen Verweises an sich für unzulässig.

Auch heute wird man in einem förmlichen Verweis nicht ohne weiteres eine ehrenverletzende Strafe sehen können, soweit dieser in Form und Ausdruck neutral gehalten ist. Letztlich kommt es hier auf den Einzelfall an.

Das Problem der Ehrenstrafe bei den Betriebsbußen ist im Ergebnis daher ein Wertungsproblem des konkreten

-
- 1) so etwa Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd.II, S.20 ff; Bd.IV 2, S.753 ff; ihm folgend das Bundesarbeitsgericht, vgl. BAGE 1, 185 ff (191 ff)
 - 2) so etwa BVerfGE 7, 198 ff (204)
 - 3) so in der Tat Maunz-Dürig-Herzog, aaO., Art.92, Rdn. 163; ähnlich Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.137
 - 4) § 134a Abs.2 GewO v.1.6.1891

Einzelfalls. Die einzelnen als Betriebsbußen bekannten Sanktionen verstoßen für sich gesehen jedenfalls nicht gegen die Menschenwürde oder Ehre.

II. Sonstige grundsätzliche Bedenken gegen Betriebsbußen

1. Kriminalpolitische Bedenken

Von ganz anderer Ebene aus hat nun auch Baumann¹⁾ grundsätzliche Bedenken gegen die "Betriebsjustiz" vorgetragen. Er bezieht seine Stellung aus strafrechtlicher und kriminalpolitischer Sicht.

Baumanns Einwände gehen dahin, daß man im Arbeitsrecht nicht zulassen dürfe, was man durch die Strafrechtsreform "im Stammland des Unsinns" beseitigt habe²⁾, Gegen eine allgemeine "Betriebsjustiz" spricht nach seiner Ansicht auch, daß es primäre und unverzichtbare Aufgabe des Staates sei, Kriminalpolitik und Kriminalpädagogik zu betreiben³⁾. Der Arbeitgeber könne mit diesen Aufgaben nicht "beliehen" werden. Der Staat könne auch keinesfalls zusehen, wenn große Bereiche der Klein- und Mittelkriminalität den staatlichen Strafverfolgungsbehörden entzogen werden⁴⁾.

Die gesamte Erscheinung der "Betriebsjustiz" entspricht nach Baumanns Ansicht daher nicht unseren rechtsstaatlichen Grundsätzen. Für ihn ist es daher an der Zeit, den "Wildwuchs" zu entfernen oder aber eine klare gesetzliche Regelung zu schaffen⁵⁾.

Baumanns Mahnung kann in rechtspolitischer Hinsicht

1) ZZP 84, 297 ff

2) Baumann, aaO., S.300

3) Baumann, aaO., S.301

4) Baumann, aaO., S.302

5) Baumann, aaO., S.303; die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung betont auch Schumann, Gedächtnisschrift für Dietz, S.353

nicht hoch genug eingeschätzt werden. In der Tat geht es nicht an, daß sich mit der "Betriebsjustiz" eine vierte stille Gewalt etabliert, die den Lebensbereich der arbeitnehmenden Bevölkerung kontrolliert und sanktioniert.

Die gegenwärtige Praxis der "Betriebsjustiz" sieht Baumann aber wohl etwas zu schwarz. Übergriffe in den Bereich der Strafrechtspflege im Sinne Baumanns kommen kaum vor¹⁾. Den Arbeitgebern kann jedenfalls nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie die in den Betrieben begangenen Straftaten in der Regel nicht zur Anzeige bringen²⁾, soweit eine solche Pflicht nicht besteht. Daß derartige Delikte dann nur durch den Arbeitgeber mit den zur Verfügung stehenden privatrechtlichen Sanktionen geahndet werden, weil der Arbeitnehmer dadurch seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat, stellt auf jeden Fall keine Entziehung der Klein- und Mittelkriminalität durch die Betriebe dar.

Im Ergebnis sind daher Baumanns Äußerungen nicht geeignet, die Zulässigkeit von Betriebsbußen in dem hier verstandenen Sinn in ihrem arbeitsrechtlichen Kernbereich zu erschüttern.

2. Arbeitsrechtliche Schranken für die Betriebsbußen

Obwohl die Vereinbarung von Betriebsbußen als Vertragsstrafen jedenfalls abstrakt rechtlich zulässig ist, wurden in letzter Zeit trotzdem auch gegen eine in diesem Sinn verstandene "Betriebsjustiz" Bedenken geltend gemacht. Im wesentlichen geht die Kritik dahin,

1) vgl. Dengler, aaO., S.114

2) vgl. hierzu die oben in FN.2, S.4 angeführte Literatur

daß in den meisten möglichen Anwendungsbereichen der "Betriebsjustiz" diese entweder von vornherein unzulässig sei oder aber ihre Funktion schon durch andere geregelte Institute übernommen werde, so daß für die etwas zwielichtige "Betriebsjustiz" gar kein Bedürfnis bestehe¹⁾.

Folgende Tatbestände führt man in diesem Negativkatalog auf:

a) Zum einen das Fehlverhalten mit Schadenseintritt:

aa) Ein derartiges Fehlverhalten begründe in der Regel Schadensersatzpflichten des Arbeitnehmers. Soweit jedoch sein Verhalten in den Bereich der schadensge-
neigten Arbeit falle, bestehen Schadensersatzpflichten grundsätzlich nicht. Diese arbeitsrechtliche Wertung könne nun durch eine "Betriebsjustiz" nicht umgangen werden, d.h. Betriebsbußen dürften dann nicht verhängt werden, wenn der Arbeitnehmer auf Grund des innerbetrieblichen Schadensausgleichs vom Schadensrisiko entlastet sei²⁾.

bb) Aber auch soweit der Arbeitnehmer zum Schadensersatz verpflichtet sei, scheide eine Sanktionierung durch Betriebsbußen aus, da hier die Verpflichtung zum Schadensausgleich selbst schon die möglichen Funktionen der "Betriebsjustiz" übernehme³⁾. Neben der primären Funktion des Schadensausgleichs habe die Schadensersatzverpflichtung nämlich außerdem noch sowohl sühnende als auch präventive Funktionen, also gerade auch die Funktionen, die die "Betriebsjustiz" übernehmen sollte⁴⁾. Zulässig sei die "Betriebsjustiz" daher hier allenfalls dann, wenn man sie als pauschalierte

1) Schumann, aaO., S.341 ff

2) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.141; Schumann, S.346 f

3) Schumann, aaO., S.347 ff

4) Schumann, aaO., S.348

Schadensersatzfeststellung verstehen wollte, was aber für die "Betriebsjustiz" gerade abgelehnt werde¹⁾.

b) Aber auch für den Bereich des Fehlverhaltens ohne Schadenseintritt sei der Anwendungsbereich der "Betriebsjustiz" äußerst begrenzt²⁾.

aa) Hier wird zunächst das Verhalten ohne Erfüllungsgefährdung genannt, also dasjenige Verhalten, das kein Schadensrisiko beinhaltet. Unkameradschaftliches Verhalten, ungehörige Redensarten oder Kleidung oder auch Beleidigung gehören hierher.

Auch für diesen Bereich des Fehlverhaltens soll die "Betriebsjustiz" unzulässig sein³⁾. Denn soweit der Arbeitnehmer nur vom betriebskonformen Bild abweiche, liege keine Pflichtverletzung vor und es bestehe keine rechtliche Eingriffsbasis, ihn zu einem konformen Verhalten anzuhalten oder wegen Nichtkonformismus zu disziplinieren⁴⁾.

bb) Übrig bleibt nun noch dasjenige Fehlverhalten, das geeignet ist, die Erfüllung der betrieblichen Angelegenheiten zu gefährden und damit ein Schadensrisiko in sich trägt. Es geht hier um den Bereich im Vorfeld des Schadens⁵⁾. Das Bedürfnis nach geeigneten Sanktionen wie die der Betriebsbußen wird für diesen Bereich nicht bestritten⁶⁾. Man gibt hier durchaus zu, daß die einzelvertraglichen Rechte, die dem Arbeitgeber an sich zustehen, nämlich die Abmahnung, die ordentliche und die außerordentliche Kündigung, nicht flexibel genug

1) Schumann, aaO., S.348

2) Schumann, aaO., S.348 ff

3) Schumann, aaO., S.349; Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.140

4) Schumann, aaO., S.349

5) Schumann, aaO., S.349 ff

6) Schumann, aaO., S.350

sind¹⁾. Allerdings gibt man zu bedenken, daß es auch im Bereich des Schadensvorfelds überbetriebliche Rechts-sätze und eine öffentlich-rechtliche Strafbefugnis gibt, durch die die "Betriebsjustiz" ausgeschlossen wird. Es handele sich hierbei um den Bereich der Unfallverhütung²⁾.

c) Soweit nun für den übrigbleibenden geringen Bereich ein Bedürfnis für die "Betriebsjustiz" bestehe, stelle sich die Frage, ob sich ein eigenes Rechtsinstitut hier wirklich lohne³⁾. Dies sei im Ergebnis zu verneinen, da sich die "Preisgabe fundamentaler Wertungen des Arbeitsrechts, des Gerichtsverfassungsrechts und des Prozeßrechts", die die Etablierung der "Betriebsjustiz" zur Folge habe, nicht rechtfertige, um diesen schmalen Bereich abzudecken⁴⁾. Insoweit ergeben sich für Schumann nämlich Bedenken aus der quasi-justizförmigen Abwicklung der "Betriebsjustiz"⁵⁾. Außerdem verstoße die "Betriebsjustiz" gegen die grundlegenden prozessualen Normen über den Schutz vor privater Gerichtsbarkeit bei sozialer Unterlegenheit⁶⁾.

3. Kritik

Schumanns Bedenken sind zum Teil berechtigt, begründen jedoch nicht die Unzulässigkeit von Betriebsbußen überhaupt.

a) Richtig ist zum einen, daß durch die Betriebsbußen die Risikoentlastung des Arbeitnehmers bei schadensge-

1) Schumann, aaO., S.353

2) Schumann, aaO., S.350 f; Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.148; Bez. der Strafbarkeit in diesem Bereich s. § 710 RVO

3) Schumann, aaO., S.354

4) Schumann, aaO., S.354

5) Schumann, aaO., S.355

6) Schumann, aaO., S.356

neigter Arbeit nicht umgangen werden darf. Betriebsbußen sind in diesen Fällen unzulässig, weil dem Arbeitnehmer für sein Fehlverhalten kein Schuldvorwurf gemacht werden kann¹⁾. Diese Wertung führt allerdings nicht nur zur Unzulässigkeit von Betriebsbußen und zu einer Schadensentlastung, sondern zur Unzulässigkeit von Sanktionen wegen dieses Fehlverhaltens überhaupt.

b) Dagegen ist nicht einzusehen, warum Betriebsbußen auch da unzulässig sein sollen, wo der Arbeitnehmer mit Schadensersatzpflichten belastet ist. Denn die Verpflichtung zum Schadensersatz erfüllt doch ganz andere Funktionen als die Betriebsbußen. Hier steht eindeutig die Ausgleichs- oder Wiedergutmachungsfunktion im Vordergrund. Dagegen geht es bei den Betriebsbußen allein um die spezifische Pflichtenverletzung, die geahndet wird, ohne daß es überhaupt auf den Schaden ankommt. Wenn Schumann recht hätte, müßte man auch konsequent folgern, und bei Schadensersatzpflichten des Arbeitnehmers dann eine Entlassung für unzulässig halten, da ja mit der Verpflichtung zum Schadensersatz die Pflichtenverletzung schon geahndet ist. Diese Folgerung wird aber zu Recht nicht gezogen. Gerade aber wenn man nun die Betriebsbußen als mildere Mittel zur Vermeidung der Kündigung versteht, wird eutlich, daß es nicht auf den Eintritt oder Nicht-Eintritt eines Schadens für die Zulässigkeit von Betriebsbußen ankommen kann.

c) Auch soweit Schumann Betriebsbußen bei erfüllungsneutralem Verhalten des Arbeitnehmers für unzulässig hält²⁾, kann ihm nicht zugestimmt werden. Richtig ist

1) vgl. Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm. 141

2) Schumann, aaO., S. 348 f

allerdings, daß Abweichungen vom betriebskonformen Verhalten, soweit sie keine Pflichtverletzungen darstellen, nicht diszipliniert werden dürfen. Darüberhinaus sind aber gerade auch Verhaltenspflichten möglich, die erfüllungsneutral sind. Sie beziehen sich in der Regel auf die Ordnung im Betrieb. Gerade die Aufrechterhaltung der Ordnung im Betrieb gehört zu den Bereichen, wo die Betriebsbußen als Saktionsmittel ihre große Rolle spielen. Dies vor allem auch aus der Sicht der Betriebsbußen als mildere Mittel gegenüber der außerordentlichen Kündigung. Denn gerade Verstöße gegen die betriebliche Ordnung werden oft als wichtige Kündigungsgründe angeführt.

d) Zweifelhaft erscheint auch, ob in dem Bereich des Schadensvorfelds, in dem Unfallverhütungsvorschriften nach § 708 RVO bestehen, insoweit erlassene Strafvorschriften die Betriebsbußen ausschließen. Natürlich können Verletzungen solcher Unfallverhütungsvorschriften, die nach § 708 RVO von den Berufsgenossenschaften erlassen worden sind, nicht mit Betriebsbußen geahndet werden. Es ist aber auch durchaus möglich, daß in Betrieben neben den Unfallverhütungsvorschriften nach § 708 RVO auch eigene Sicherheitsvorschriften vereinbart werden, für die dann alle möglichen betrieblichen Sanktionen vorgesehen werden können, auch Betriebsbußen.

Insgesamt ist jedenfalls der Bereich, in dem Betriebsbußen möglich und auch nützlich sind, gar nicht so klein wie Schumann glaubt.

e) Soweit nun Schumann grundsätzliche Einwände prozessrechtlicher und gerichtsverfassungsrechtlicher Art macht, sieht er die "Betriebsjustiz" in einem falschen Licht. Zwar mag die "Betriebsjustiz", so wie sie Schu-

mann voraussetzt, in der Praxis durchaus gehandhabt werden. Insoweit wäre seine Kritik auch gerechtfertigt. Soweit man aber die Betriebsbußen als Vertragsstrafen versteht, und von diesem Verständnis geht Schumann ja aus, kommt es auf ein quasi-justizförmiges Verfahren nicht mehr an¹⁾. Als Argument bleibt dann nur noch übrig, die Zulässigkeit von Vertragsstrafen hinsichtlich der Betriebsbußen wegen der typischen Ungleichlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu verneinen²⁾. Aber abgesehen davon, daß es möglich wäre die Ungleichlagen im Individualbereich über Kollektivvereinbarungen zu reparieren, wäre für die Unzulässigkeit derartiger Vereinbarungen doch weiterhin Voraussetzung, daß sie für den Unterlegenen eine der eigentlichen gesetzlichen Wertung widersprechende nachteilige Regelung bringt. Dies ist aber nicht ohne weiteres der Fall. Unter dem Gesichtspunkt der Betriebsbußen als mildere Mittel gegenüber der Kündigung lassen sich diese durchaus als für den Arbeitnehmer auch günstige Regelungen verstehen, so daß das Argument der typischen Ungleichlage schon insoweit ins Leere stößt³⁾.

4. Zum richtigen Verständnis der Betriebsbußen

Hat man entgegen der h.M. erkannt, daß Grundlage für die Betriebsbußen nur die vertragliche Vereinbarung sein kann und daß nur so grundsätzliche Bedenken gegen derartige Sanktionen ausgeräumt werden können, muß nun noch abschließend geklärt werden, in welchem Sinne der Strafcharakter der Betriebsbußen zu verstehen ist.

1) vgl. hierzu unten § 9

2) so Schumann, aaO., S.354

3) Zu der Problematik, ob die Vereinbarung von Betriebsbußen im Einzelarbeitsvertrag zulässig ist, s.u. § 8

a) Als Vertragsstrafen könnte man die Betriebsbußen im Sinne eines pauschalierten Schadensersatzes auf fassen. Dadurch wäre aber die Funktion der Betriebsbußen eingeengt lediglich auf Schadensausgleich. Gerade diese Funktion wird aber schon durch das normale Schadensersatzrecht abgedeckt. Lediglich im Sinn einer Schadensersatzpauschale hätten die Betriebsbußen daher keine besondere Bedeutung. Da das Institut der Vertragsstrafe die Betriebsbußen auch nicht in diese Funktion zwingt¹⁾, ist ein derartiges Verständnis der Betriebsbußen abzulehnen.

b) Auch die h.M. sieht die Funktion der Betriebsbußen ganz anders. Für sie haben die Betriebsbußen die Funktion echter Strafe²⁾,

Es wurde allerdings schon darauf hingewiesen, daß sich unter dem Begriff der echten Strafe viel Unterschiedliches verstehen läßt³⁾.

Vom Standpunkt der autonomen Straftheorie erscheinen die Betriebsbußen größtenteils als Mittel der Generalprävention⁴⁾. Denn im Mittelpunkt der Betriebsbußen steht hier die Betriebsgemeinschaft und deren Ordnung. Oberster Zweck der Betriebsbußen ist hier die Aufrechterhaltung der betrieblichen Ordnung. Dies bedingt, daß die Betriebsbußen zum einen beim Bestrafen eine Wiederholung eines Ordnungsverstoßes verhindern sollen (spezialpräventive Funktion), zum andern aber sollen die übrigen Mitglieder der Gemeinschaft vor der Begehung von Ordnungsverstößen abgeschreckt werden (generalpräventive Funktion). Hierbei kommt der generalpräventiven Funktion die wichtigere Bedeutung zu, da durch sie die Häufung von Ordnungsverstößen eben

1) s.o. S.44f; 51f mit weiteren Nachweisen

2) vgl. statt vieler Herschel, Betriebsbußen, S. 22 f

3) s.o. S. 47 ff

4) vgl. Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, S.63

auf Grund der abschreckenden Wirkung am ehesten unterbunden werden kann.

Versteht man unter den Betriebsbußen in erster Linie ein Mittel der Generalprävention, so besteht allerdings die große Gefahr, daß einzelne Ordnungsverstöße härter als angemessen sanktioniert werden, eben um die generalpräventive Funktion zu erhöhen. Dies ist aber nicht im Sinn der Vertragstheorie, bei der es allein auf die konkrete Pflichtenverletzung ankommen kann.

c) Geht man daher davon aus, daß die Betriebsbußen als Vertragsstrafen auf Verstöße im konkreten Arbeitsverhältnis gerichtet, d.h. also daß sie als ein Instrument nachdrücklicher Pflichtenmahnung¹⁾ aufzufassen sind, so müssen generalpräventive Gesichtspunkte bei der Bestrafung unberücksichtigt bleiben. Denn durch sie wird der Blick abgelenkt vom konkreten Pflichtenverstoß auf die Aufrechterhaltung der Ordnung insgesamt.

Diese Auffassung, daß die Betriebsbußen lediglich als ein Mittel der Spezialprävention zulässig sind, wird vor allem auch bedeutsam, wenn man die Betriebsbußen als mildere Mittel zur Einschränkung der außerordentlichen Kündigung versteht. Hier kommt es ja gerade darauf an, das konkrete Arbeitsverhältnis wieder zu korrigieren, um eine Kündigung zu vermeiden. Dagegen kann es hier nicht darum gehen, ein allgemeines Exempel für die Zukunft zu statuieren.

Betriebsbußen sind daher zu verstehen als ein Mittel der Spezialprävention zur Verhütung künftiger Pflichtenverstöße im konkreten Arbeitsverhältnis und im weiteren Sinne damit auch ein Mittel zur Vermeidung der Kündigung des Arbeitnehmers. In diesem Sinne be-

1) s.o. S.47 ff

stehen gegen sie als vertraglich vereinbarte Strafen keine grundsätzlichen Bedenken. Unzulässig ist es dagegen, in den Betriebsbußen einen ethischen Unrechtsvorwurf zu sehen¹⁾. Eine derartige Funktion ist mit dem Vertragsstrafencharakter der Betriebsbußen nicht vereinbar und nur der Kriminalstrafe eigen.

1) so aber die Vertreter der autonomen Straftheorie, vgl. Herschel, Betriebsbußen. S.20

B) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen
(Zulässigkeit im engeren Sinn)

§ 8: Die verschiedenen Vereinbarungsmöglichkeiten

I. Die Zulässigkeit einzelvertraglicher Vereinbarung

Die Möglichkeit, Betriebsbußen auch im Einzelarbeitsvertrag zu vereinbaren, wird von der h.M. abgelehnt¹⁾. Vom Standpunkt der autonomen Straftheorie ist dies allerdings durchaus konsequent, da nach ihr der kollektive Charakter für die Betriebsbußen wesensmäßig ist.

Dagegen ist von dem hier vertretenen Standpunkt der Vertragstheorie aus auch die einzelvertragliche Vereinbarung möglich²⁾. Dies gilt auch, soweit sich die Betriebsbußen lediglich auf die Ordnung im Betrieb beziehen, denn auch insoweit gehört das entsprechende Verhalten der Arbeitnehmer zu den aus dem konkreten Arbeitsverhältnis fließenden Pflichten.

1) Amelunxen, Der Arbeitgeber 1966, 716 f; Gagel, aaO., S.42, 51 f; Gaul, DB 65, 666 f; Galperin-Siebert, § 56 Anm.78; Harbeck, aaO., S.19; Herbst, BB 65, 420; Herschel, aaO., S.40 f; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, 7.Aufl., S.1378; Klingelhöfer, Die Mitbestimmung 1957, 148; Koch, BB 54, 566 f; Neumann, RdA 68, 253; Neumann-Duesberg, aaO., S.493; Nikisch, Bd.III, 3.Aufl., S.417 f; Siebert, Festschrift für Nipperdey, 1955, S.123; Sieg, RdA 54, 362; Sommer, AR-Blattei, D-Blatt, Betriebsbußen I, Übersicht B I; Stadler, BB 68, 803; vom Standpunkt der Vertragstheorie ablehnend Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.149 u. Schumann, aaO., S.354 f

2) Baur, JZ 65, 165; Dietz, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"; Leinemann, AuR 70, 140 f; Denk1, aaO., S.82 f; Molitor, DB 51, 346; Reuß, AuR 68, 128; Weitnauer, aaO., S.188 f; Zöllner, aaO., S.387

Aber auch vom Standpunkt der Vertragstheorie könnten gegen die Zulässigkeit einzelvertraglicher Betriebsbußenvereinbarungen Bedenken wegen der sozialen Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern bestehen, da hierdurch die Gefahr besteht, daß dem Arbeitnehmer eine ihm nachteilige Regelung aufgezwungen wird¹⁾.

Ein ausdrückliches gesetzliches Verbot hinsichtlich der Vereinbarung von Vertragsstrafen besteht nach dem geltenden Recht mit Ausnahme von spezialgesetzlichen Regelungen²⁾ nicht. Allerdings hat der Gesetzgeber schon in anderen Bereichen, bei denen typische Ungleichlagen gegeben sind, die Vereinbarung von Vertragsstrafen verboten³⁾. Aus dieser gesetzgeberischen Tendenz läßt sich jedoch nicht der Analogieschluß auf ein Verbot der Vertragsstrafe im Arbeitsrecht überhaupt ziehen⁴⁾. Denn die behauptete Ungleichgewichtigkeit im Arbeitsrecht und etwa die Unterlegenheit des Mieters im Mietrecht lassen sich nicht vergleichen. Denn während der Mieter dem Vermieter immer als Einzelperson gegenübersteht, wird ja im Arbeitsrecht die Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers in gewissem Maß durch die Kollektivmächte kompensiert.

Eher gerechtfertigt ist daher ein Umkehrschluß von der Unzulässigkeit von Vertragsstrafen in speziellen arbeitsrechtlichen Bereichen wegen eines gesetzlichen Verbots auf die Zulässigkeit von Vertragsstrafen im

1) vgl. Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.149; Schumann, aaO., S.354

2) Unzulässig ist z.B. eine Vertragsstrafe im Berufsausbildungsvertrag, vgl. § 5 Abs.2, Nr.2 Berufsbildungsgesetz v. 14.8.69, BGBI. I S.1112

3) vgl. § 550 a BGB

4) so richtig Schumann, aaO., S.355; a.A. Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.149; Richardi lehnt allerdings nur die einzelvertr. Vereinbarung von Betriebsbußen ab. Dagegen hält er Vertragsstr. für die Nicht- o. Schlechterfüllung der Arbeitsleistung für zulässig, aaO., Anm.150

allgemeinen.

Letztlich führen aber auch noch folgende Überlegungen zur Zulässigkeit von Betriebsbußen durch einzelarbeitsvertragliche Abrede:

Zum einen ist gar nicht dargetan, daß Betriebsbußen für die Arbeitnehmer eine nachteilige Regelung darstellen, die durch die wirtschaftliche Ungleichgewichtigkeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verursacht wird¹⁾. Natürlich stellt für sich gesehen die Vereinbarung einer Geldbuße eine für den Arbeitnehmer nachteilige Regelung dar. Bezieht man aber die dem Arbeitgeber zustehenden vertraglichen Sanktionen der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung in die Betrachtung mit ein und begreift man die Betriebsbußen ihnen gegenüber als mildere Mittel, so stellen nun die Betriebsbußen für die Arbeitnehmer relativ sogar eine günstige Regelung dar.

Dies gilt wie gesagt nur relativ und kann im Einzelfall durchaus anders liegen. So kann es natürlich sein, daß ein Arbeitnehmer sich durch eine empfindliche Geldbuße stärker belastet fühlt als durch eine Kündigung und daher letztere vorzieht. Auch in einem solchen Fall könnte man aber zu einer angemessenen Lösung finden. Der betroffene Arbeitnehmer hätte hier einmal die Möglichkeit, die Geldbuße auf ihre Rechtmäßigkeit und Angemessenheit gerichtlich überprüfen zu lassen. Aber auch dann, wenn man davon ausgeht, daß die Geldbuße zu Recht verhängt wurde, müßte sich der Arbeitnehmer ihr nicht unbedingt endgültig unterwerfen, wenn er mit einer Kündigung einverstanden ist oder selbst kündigt. Denn für diesen Fall der Vertragsauflösung wäre der Zweck der Geldbuße als Pflichtenmahnung zur Vermeidung weiterer Verstöße hinfällig geworden. Die Geschäftsgrundlage für die Geldbuße wäre damit entfallen, so daß jeden-

1) so aber Schumann, aaO., S.355

falls eine Vollstreckung nicht mehr in Frage käme.

Sieht man daher die Betriebsbußen einmal in diesem Sinn, so läßt sich schon von vorneherein nicht sagen, es handle sich um eine aufgezwungene nachteilige Regelung für die Arbeitnehmer.

Darüberhinaus ist aber auch noch zu beachten, daß selbst dann, wenn die Gefahr nachteiliger Regelungen für den Arbeitnehmer im Einzelfall besteht, deren endgültige Verwirklichung auf jeden Fall durch die Kontrollfunktion der Arbeitsgerichte vermieden oder zumindest erheblich erschwert wird.

Im Ergebnis ist daher die Zulässigkeit von Betriebsbußenvereinbarungen im Einzelarbeitsvertrag zu bejahen¹⁾.

Dies ist gerade besonders bedeutsam für diejenigen Betriebe, in denen ein Betriebsrat nicht existiert.

Eine kollektive Vereinbarung auf betrieblicher Ebene etwa durch eine Betriebsvereinbarung scheidet hier aus, und auch eine tarifvertragliche Regelung wird gerade bei diesen Betrieben sehr selten zu finden sein. Würde man eine einzelvertragliche Regelung verneinen wollen, würde praktisch in diesen Betrieben die Möglichkeit von Betriebsbußen verneint werden. Sachlich wäre diese Differenzierung aber nicht einzusehen, denn wenn man schon ein Bedürfnis nach Betriebsbußen anerkennt, so besteht dieses in großen und kleinen Betrieben gleichermaßen.

II. Kollektivvertragliche Vereinbarung von Betriebsbußen?

Für die Vertreter der autonomen Straftheorie ergibt sich die Zulässigkeit kollektivvertraglicher Verein-

1) ebenso Baur, JZ 65, 165; Dietz, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"; ~~Leinemann~~, AuR 70, 140 f; Denk, aaO., S.82 f; Reuß, AuR 68, 128; Weitnauer, aaO., S.188 f; Zöllner, aaO., S.387

barungen von Betriebsbußen aus dem kollektiven Wesen dieser Theorie. Vom Standpunkt der Vertragstheorie aus ist dagegen die kollektivvertragliche Vereinbarung nicht unproblematisch.

1. Zulässigkeit von Vereinbarungen in Tarifverträgen?

Die Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien erstreckt sich nach § 1 TVG auf den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen. Dadurch wird praktisch der gesamte einzelarbeitsvertragliche sowie der betriebliche Bereich durch die Möglichkeit tarifvertraglicher Regelungen überlagert¹⁾. Es bestehen daher keine Bedenken, die Regelung von Betriebsbußen durch Tarifverträge zuzulassen.

Probleme ergeben sich allerdings hier bezüglich der Tarifgebundenheit. Diese erstreckt sich nach § 3 Abs.1 TVG grundsätzlich nur auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, d.h. daß die Betriebsbußenregelungen nur für diejenigen Arbeitnehmer gelten würden, die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft sind. Etwas anderes gilt nur dann, soweit sich die Betriebsbußen auf betriebliche Fragen beziehen. Insofern gelten die Regelungen des Tarifvertrags für alle Arbeitnehmer in den Betrieben, deren Arbeitgeber tarifgebunden sind (§ 3 Abs.2 TVG). Man hat daher versucht, die Betriebsbußen kurzerhand zu den Regelungen über betriebliche Fragen zu rechnen²⁾. Dies ist aber so global nicht möglich. Zwar können sich die Betriebsbußen auch auf betriebliche Fragen im Sinne

1) Zu den Grenzen der Regelungszuständigkeit der Tarifpartner vgl. Söllner, ArbR, 3.Aufl., S.127 ff m.w.N.

2) Denkl, aaO., S.92 mw.N.

von § 1 TVG beziehen, vor allem soweit es lediglich um die betriebliche Ordnung geht. Im übrigen handelt es sich aber um Regelungen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffen. Insoweit gelten diese daher nur für diejenigen Arbeiten, die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft sind¹⁾.

Soweit die Tarifpartner Betriebsbußenregelungen aufstellen, sind sie hinsichtlich des Regelungsumfangs ebenso beschränkt wie die Parteien des Einzelarbeitsvertrags, d.h. die Strafbefugnis kann durch die tarifvertragliche Regelung nicht erweitert werden. Auch soweit Betriebsbußen daher durch Tarifverträge vereinbart werden, ist dies nur in den oben²⁾ genannten Grenzen zulässig.

2. Zulässigkeit von Betriebsbußenregelungen in Betriebsvereinbarungen?

Ob die Vereinbarung von Betriebsbußen auch durch eine Betriebsvereinbarung zulässig ist, hängt davon ab, ob eine entsprechende Ermächtigung besteht. Denn Betriebsvereinbarungen können nicht unbegrenzt abgeschlossen werden. Vielmehr sind sie nur bei den Angelegenheiten zulässig, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen³⁾. Bei der Bestimmung, ob dem Betriebsrat hinsichtlich der Betriebsbußen generell ein Mitbestimmungsrecht zusteht, unterscheidet das BetrVG zwischen der erzwingbaren (notwendigen) und der freiwilligen Mitbestimmung.

1) vgl. Herschel, aao., S.45 f

2) s.o. S. 69 ff

3) vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, § 77, Anm.39; G. Hueck, Die BV, S.65 ff

Während der Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung abschließend geregelt ist, wird der Bereich der freiwilligen Mitbestimmung sehr, viel weiter gezogen¹⁾.

a) Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung kommt als Rechtsgrundlage für eine Betriebsvereinbarung § 87 Abs.1, Nr.1 BetrVG in Betracht, der die Regelungen über Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig macht. Die h.M. leitet aus dieser Bestimmung auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der Betriebsbußen ab, da sich diese eben gerade auf die Ordnung im Betrieb bezögen²⁾. Selbst soweit dies der Fall ist, stellt sich aber immerhin doch die Frage, ob diese Regelungsbefugnis nun auch die Vereinbarung von Bußbestimmungen zuläßt. Soweit daraus eine Ermächtigung für die Zulässigkeit von Betriebsbußen gefolgert werden soll, ist dies wie schon nachgewiesen wurde³⁾, abzulehnen. Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um die grundsätzliche Ermächtigung für die Zulässigkeit von Betriebsbußen, sondern lediglich um die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats bei den Fragen der Ordnung des Betriebs. Diese funktionelle Zuständigkeit ist für diesen Bereich umfassend zu verstehen, d.h. sie bezieht sich auf alle Regelungen, die die Ordnung des Betriebs betreffen. Soweit daher Betriebsbußen zulässigerweise vertraglich vereinbart werden dürfen, besteht auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, soweit sich diese auf die Ordnung des Betriebs beziehen. Insoweit ist dann auch die Möglichkeit gegeben, für diesen Bereich Betriebsbußen durch Betriebsvereinbarungen zu regeln und solche Vereinbarungen zu erzwingen.

1) vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, § 88, Anm.5

2) vgl. FN. 1, S.73

3) so. S.23 ff

Allerdings ist trotz der Regelung des § 87 Abs.1, Nr.1 BetrVG geltend gemacht worden, dem Betriebsrat stehe bei den Betriebsbußen, auch soweit sie sich auf die Ordnung des Betriebs beziehen, jedenfalls kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht zu, da der Arbeitgeber sonst den Erlaß einer Betriebsbußenregelung nach § 87 Abs.2 BetrVG erzwingen könnte und ihm so letztlich doch eine Strafgewalt zustünde¹⁾.

Diese Ansicht ist jedoch nicht überzeugend²⁾.

Denn durch die Möglichkeit, eine Betriebsbußenregelung letztlich über die Einigungsstelle nach § 87 Abs.2 BetrVG durch eine Betriebsvereinbarung durchzusetzen, wird die Bußgewalt gar nicht berührt. Denn hierfür ist allein die Qualifizierung als Vertragsstrafen maßgebend. Nur innerhalb der für sie geltenden Grenzen ist auch die kollektive Vereinbarung durch eine Betriebsvereinbarung zulässig. Wie nun aber eine derartige Betriebsvereinbarung zustandekommt, richtet sich allein nach den Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsverfassung und hat mit der Zulässigkeit von Betriebsbußenregelungen nichts mehr zu tun. Denn der Vertragsstrafencharakter der Betriebsbußen wird durch den Abschluß einer Betriebsvereinbarung gar nicht berührt³⁾. Wenn daher der Gesetzgeber alle Angelegenheiten, die die Fragen der Ordnung des Betriebs betreffen, gemäß § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG der notwendigen Mitbestimmung des Betriebsrats unterwirft, so gilt dies auch für Betriebsbußenregelungen, soweit sich diese auf die Ordnung im Betrieb beziehen. Daß nun aber für den Bereich der notwendigen Mitbestimmung eine Betriebsvereinbarung gemäß § 87 Abs.2 BetrVG über die Einigungsstelle durchsetzbar ist, ist allein eine Re-

1) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.121; Isele, JZ 68, 339; auch Wiese in Fabrizius, Kraft, Thiele, Wiese, BetrVG § 87, Anm.63 sieht darin eine (allerdings zulässige) Erweiterung der Rechtsposition des AG

2) vgl. auch Denkl, aaO., S.90

3) Baur, JZ 65, 165; Bötticher, ZfA 70, 51; Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.138; Weitnauer, aaO., S.193

gelung der Betriebsverfassung, die mit der inhaltlichen Regelungsbefugnis nichts zu tun hat.

Durch das notwendige Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats mit all seinen betriebsverfassungsrechtlichen Konsequenzen auch bei Betriebsbußenregelungen wächst dem Arbeitgeber daher keine zusätzliche Strafgewalt zu¹⁾.

b) Soweit Betriebsbußen für Pflichtenverstöße vereinbart werden, die sich nicht auf die konkrete Ordnung des Betriebs beziehen, kommt allerdings kein notwendiges Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG in Betracht. Es besteht jedoch die Möglichkeit fakultativer Mitbestimmung gem. § 88 BetrVG. Denn nach allgemeiner Auffassung hat der Betriebsrat insoweit eine umfassende funktionelle Zuständigkeit²⁾. Unzulässig ist es allerdings, durch BV Vertragsstrafen für die Nicht- oder Schlechterfüllung der Arbeitsleistung selbst zu vereinbaren, da sich die Zuständigkeit des Betriebsrats nicht auf die Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen erstreckt³⁾.

c) Gegen die Zulässigkeit von Betriebsbußenregelungen in Betriebsvereinbarungen bestehen allerdings noch insoweit Bedenken, als durch sie belastend in die einzelarbeitsvertragliche Stellung der Arbeitnehmer eingegriffen wird⁴⁾. Denn durch die Betriebsbußenregelungen werden den Arbeitnehmern konkrete Leistungs- oder Duldungspflichten auferlegt. Inwieweit für die Arbeit-

1) widersprüchlich Richardi selbst, wenn er an anderer Stelle ein MitbestR. nach § 87 Abs.1 Nr.1 annimmt, vgl. Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.146

2) vgl. Dietz-Richardi, § 77, Anm.49, 53 u. § 88, Anm.5 m.w.N.

3) vgl. Dietz-Richardi, § 77, Anm.54 u. § 87,, Anm.150

4) Schumann, aaO., S.329 f verneint aus diesem Grund die Möglichkeit, Betriebsbußen durch BV zu vereinbaren

nehmer nachteilige Betriebsvereinbarungen zulässig sind, ist umstritten¹⁾. Jedenfalls ergibt sich schon aus dem Katalog der Mitbestimmungsrechte im Betriebsverfassungsgesetz, daß nicht nur für die Arbeitnehmer günstige Betriebsvereinbarungen getroffen werden müssen. Belastende Betriebsvereinbarungen sind daher nur dann unzulässig, wenn sie ausschließlich zum Nachteil der Arbeitnehmer getroffen werden²⁾. Ob dies der Fall ist, ist durch eine umfassende Güter- und Interessenabwägung zu ermitteln³⁾. Es kommt daher nicht allein auf den Inhalt der Betriebsvereinbarung an, sondern auf alle zu der Regelung führenden Umstände⁴⁾. Eine derartige Abwägung ergibt für die Betriebsbußenregelungen, daß sie nicht lediglich zum Nachteil der Arbeitnehmer und nur zum Vorteil der Arbeitgeber dienen, sondern auch für die Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der Kündigungsvermeidbarkeit vorteilhaft sind. Trotz der mit einer Betriebsbußenregelung verbundenen Leistungs- und Duldungspflichten scheidet daher die Möglichkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung nicht aus⁵⁾.

Zu demselben Ergebnis käme man auch dann, wenn man der differenzierten Auffassung von Canaris folgen würde, nach der ausschließlich belastende Betriebsvereinbarungen im Bereich der formellen Arbeitsbedingungen wegen des hier geltenden Vorrangs des Ordnungsprinzips grundsätzlich zulässig seien, während sie im Bereich der materiellen Arbeitsbedingungen wegen des hier gel-

1) vgl. zum Meinungsstand Dietz-Richardi, § 77, Anm.88, Säcker, AR-Blattei, Betriebsvereinbarung III, B 5

2) Dietz-Richardi, aaO., § 77, Anm.88

3) Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, S.1263

4) Dietz-Richardi, aaO., § 77, Anm.88

5) a.A. Schumann, aaO., S.330

tenden Vorrangs des Schutzprinzips unzulässig seien¹⁾. Denn da das Schwergewicht der Betriebsbußen auf der Gestaltung der betrieblichen Ordnung liegt, sind diese als Annex der formellen Arbeitsbedingungen aufzufassen²⁾, so daß sich in diesem Fall das Recht zur Betriebsvereinbarung auch auf die materiellen Leistungspflichten erstreckt³⁾.

Trotz der belastenden Wirkung können daher Betriebsbußenregelungen auch durch Betriebsvereinbarungen geschaffen werden⁴⁾.

Die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen scheitert auch nicht an der Sperrwirkung des § 77 Abs.3 BetrVG. Denn Betriebsbußen werden jedenfalls nicht üblicherweise durch Tarifverträge geregelt.

-
- 1) Canaris, AuR 66, 129 ff; zur Kritik an dieser Auffassung vgl. Dietz-Richardi, aaO., § 77, Anm.88; Richardi, Kollektivgewalt, S.320; Säcker, AR-Blattei Betriebsvereinbarung, III, B 5
 - 2) Denkl, aaO., S.87
 - 3) Richardi, Kollektivgewalt, S.321; vgl. auch Baur, JZ 65, 165 f
 - 4) Allerdings nur in dem auch sonst zulässigen Rahmen. Durch Betriebsvereinbarungen kann die Bußgewalt nicht erweitert werden. Durch BV können daher keine Ehrenstrafen eingeführt werden, vgl. Dietz-Richardi, aaO., Anm.132; Zöllner, ZJP 83, 376 f

III. Das Verhältnis der verschiedenen Vereinbarungsmöglichkeiten zueinander

1. Tarifvertrag zu Betriebsvereinbarung

Das Verhältnis ergibt sich hierfür ohne weiteres aus § 77 Abs.3 BetrVG. Soweit tarifvertragliche Regelungen bestehen, ist kein Raum für Regelungen auf betrieblicher Ebene.

2. Tarifvertrag zum Einzelarbeitsvertrag

Auch hier gilt das eben Gesagte. Tarifvertragliche Regelungen verhindern und verdrängen einzelarbeitsvertragliche Regelungen, allerdings nur insoweit als Tarifgebundenheit gem. § 3 TVG besteht.

Zu beachten ist außerdem, daß gem. § 4 Abs.3 TVG Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers durch Einzelarbeitsvertrag zulässig sind.

3. Betriebsvereinbarung zum Einzelarbeitsvertrag

a) Eine Regelung durch Einzelarbeitsvertrag~~ge~~ kommt nicht in Betracht, soweit ein notwendiges Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht, und ein solcher auch existiert¹⁾. In allen Betrieben mit einem funktionsfähigen Betriebsrat scheiden daher einzelarbeitsvertragliche Vereinbarungen von Betriebsbußen überhaupt aus, soweit sich diese auf die Ordnung des Betriebs beziehen. Natürlich gilt dies nur für diejenigen Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fallen, vgl. § 5 BetrVG. Für die leitenden Angestellten (vgl. § 5 Abs.3 BetrVG) sind somit die

1) So die h.M.; vgl. etwa Nipperdey, ArbR, Bd. II 2, § 68 III, S. 1313; Söllner, ArbR, S. 157; BAG AP Nr. 2, 4, 6 und 22 zu § 56 BetrVG 1952; a.A. Dietz, BetrVG, § 56 Rdnrn. 4-23

einzelvertraglichen Regelungen maßgebend¹⁾.

b) Im Bereich der fakultativen Mitbestimmung bleibt Raum für einzelarbeitsvertragliche Regelungen, soweit eine BV noch keine Regelungen trifft. Kommt dagegen eine BV zustande, so verdrängt sie die einzelarbeitsvertraglichen Regelungen, vgl. § 77 Abs.4 BetrVG.

§ 9: Sonstige Zulässigkeits- und Verfahrensvoraussetzungen

I. Die Bußtatbestände

1. Nach der Rechtsprechung des BAG²⁾ und der h.M.³⁾ ist Voraussetzung für die wirksame Verhängung von Betriebsbußen, daß in einer wirksam geschaffenen und bekanntgemachten Bußordnung die Bußtatbestände im einzelnen konkretisiert sind. Eine unbestimmte Generalklausel, die sich auf jedes mögliche Fehlverhalten beziehen könne, sei dagegen nicht zulässig⁴⁾.

Dies ist richtig. Denn wenn eine Vertragsstrafe vereinbart wird, so müssen auch die Tatbestände bestimmt sein, auf die sich die Strafe als Rechtsfolge beziehen soll⁵⁾. Bei Vereinbarung einer unbestimmten Generalklausel könnte die Strafe als Rechtsfolge gar nicht eintreten⁶⁾, da dies Mißbrauch der vertraglichen

1) Der Begriff des leitenden Angestellten ist allerdings restriktiv auszulegen, so daß der Kreis der leitenden Angestellten nicht allzu groß sein dürfte, vgl. im Einzelnen, Dietz-Richardi, § 5, Anm.95 ff

2) BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"

3) vgl. etwa Gagel, aaO., S.79f; Herschel, aaO., S.50 ff; Kienapfel, JZ 65, 601; Stadler, BB 68, 803

4) Für die Möglichkeit einer Generalklausel allerdings Dengler, aaO., S.163; Weitnauer, aaO., S.189

5) so richtig LAG Frankfurt, DB 68, 987

6) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.142

Gestaltungsfreiheit wäre¹⁾ und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstöße.

Der Bekanntmachung der festgelegten Tatbestände und Bußen in einer Bußordnung bedarf es dagegen nur, wenn die Betriebsbußenregelung in einer Betriebsvereinbarung oder durch Tarifvertrag geschaffen wurde. Die Notwendigkeit der Bekanntgabe ergibt sich hierfür unmittelbar aus dem Gesetz, da Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge der Bekanntgabe bedürfen²⁾. Soweit dagegen die Betriebsbußen zulässigerweise im Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden können, bedarf es einer gesonderten allgemeinen Bekanntmachung nicht mehr.

2. Soweit die Bußtatbestände die betriebliche Ordnung betreffen, besteht nach § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG ein notwendiges Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dies kann der Arbeitgeber nicht dadurch umgehen, daß er auf einzelvertragliche Regelungen mit den Arbeitnehmern ausweicht³⁾. Das notwendige Mitbestimmungsrecht hat zur Folge, daß von vorneherein eine betriebseinheitliche Regelung gewährleistet ist.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats scheidet allerdings aus, soweit Betriebsbußenregelungen schon durch Tarifvertrag getroffen wurden. Denn nach § 87 Abs.1 BetrVG hat der Betriebsrat nur dann ein Mitbestimmungsrecht, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht⁴⁾.

1) Denkl., aaO., S.104

2) vgl. § 77 Abs.2 BetrVG und § 8 TVG

3) s.o. § 8 III; Zur Zulässigkeit von einzelvertraglichen Regelungen bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten im allgemeinen, vgl. Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.19 m.w.N., insbesondere auch Richardi, Kollektivgewalt, S.331 ff

4) s.o. § 8 III; vgl. aber Herbst, BB 65, 421 u, Herschel, aaO., S.34 f

II. Allgemeine Verfahrensfragen

1. Allgemeines

Die h.M. verlangt für die Verhängung von Betriebsbußen ein rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechendes Verfahren¹⁾, wobei vor allem die Gewährung rechtlichen Gehörs betont wird.

Diese Anleihe aus dem Strafprozeßrecht ist mit Vorsicht zu genießen²⁾, rückt sie doch die Betriebsjustiz bedenklich in die Nähe des staatlichen Strafverfahrens.

Vom Standpunkt der Vertragstheorie ist eine derartige quasi-justizförmige Ausgestaltung des Betriebsbußenwesens dagegen nicht erforderlich. Daß im übrigen bei der Verhängung der Betriebsbußen dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden sollte, ergibt sich aus dem alles beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB³⁾.

2. Die zur Verhängung der Bußen befugte Stelle

Gläubiger der die Betriebsbußen beinhaltenden Vertragsstrafenabreden ist der Arbeitgeber. Soweit daher nichts anderes vereinbart ist, ist für die Verhängung der Bus-

1) BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße", LS. 3 u.4; Harbeck, Diss., S.104 ff; Herschel, aaO., S.81 ff; Reuß, AuR 68, 128

2) vgl. die Kritik von Schumann, aaO., S.355 ff u. Zöllner, aaO., S.393

3) Allerdings besteht nach Ansicht des BAG bei der Kündigung keine allg. Rechtspflicht, daß der Arbeitnehmer vorher angehört werden müsse, vgl. BAG AP Nr.16 zu § 66 BetrVG; BAG, DB 72, 1539

Eine Anhörungspflicht nimmt das BAG aber dann an, wenn nicht von vorneherein auszuschließen ist, daß diese Stellungnahme zur Entlastung des Arbeitnehmers führt, vgl. BAG AP Nr.13 zu § 123 BGB. Dies wird aber in den seltensten Fällen der Fall sein.

sen der Arbeitgeber zuständig. Dem steht nicht entgegen, daß eine bestimmte Strafe von vorneherein nicht vereinbart ist, da gemäß § 315 BGB die Bestimmung der Leistung auch einer der vertragsschließenden Parteien überlassen werden kann¹⁾.

Darüberhinaus bleibt es den Parteien auch unbenommen, mit der Verhängung der Betriebsbußen eine dritte unabhängige Stelle zu betrauen²⁾. Die Zulässigkeit einer derartigen Regelung ergibt sich aus § 317 BGB, der auch auf Vertragsstrafenregelungen angewendet werden kann³⁾.

3. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Verhängung im Einzelfall?

Soweit der Arbeitgeber die Betriebsbußen selbständig verhängt, stellt sich die Frage nach dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

Soweit sich die Betriebsbußen auf die Ordnung des Betriebs beziehen, ergibt sich das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG. Dies gilt sowohl von dem hier vertretenen Standpunkt der Vertragstheorie⁴⁾

-
- 1) Baur, JZ 65, 166; Denkl, aaO., S.76 ff; Bötticher, ZfA 70, 32 f
 - 2) In der Praxis oft als "Betriebsgericht" bezeichnet
 - 3) Baur, JZ 65, 166; Bötticher, aaO., S.32 f; Denkl, aaO., S.76 ff; vgl. auch Dietz-Richardi, § 87, Anm,124
 - 4) vgl. Baur, JZ 65, 166; Denkl, aaO., S.106; Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.147; Weitnauer, aaO., S.192; a.A. Zöllner, aaO., S.390

als auch von dem Standpunkt der autonomen Strafgewalt¹⁾. Denn jedenfalls insoweit handelt es sich auch bei den Betriebsbußen um soziale Angelegenheiten, auch soweit es um die Verhängung im Einzelfall geht²⁾. Deshalb sticht die Argumentation Zöllners nicht, ein Mitbestimmungsrecht scheide aus, weil es selbst bei der härtesten Sanktion, der Kündigung, in diesem Maße nicht erforderlich sei³⁾. Hier wird übersehen, daß es sich bei der Kündigung nach der gesetzlichen Regelung um eine personelle Maßnahme handelt. Zwar ist Zöllner zuzustimmen, daß es widersinnig ist, bei den milderer Maßnahmen der Betriebsbußen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats anzunehmen, während bei der außerordentlichen Kündigung nur eine Anhörung erforderlich ist. Diese Diskrepanz ergibt sich aber aus dem geltenden Recht und muß daher hingenommen werden.

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1, Nr.1 BetrVG scheidet allerdings dann aus, soweit sich die Betriebsbußen nicht auf die Ordnung des Betriebs beziehen.

-
- 1) Halberstadt, B1StSozArbR 65, 61; Harbeck, aaO., S.98; Herbst, BB 65, 421; Herschel, aaO., S.34 f; Hueck-Nipperdey, Bd.II 2, S.1379; Sieg, RdA 54, 364; Stadler, BB 68, 803; Schnorr von Carolsfeld, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 242 BGB, Bl.4, II 2; BAG AP Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"; a.A. Dietz, Festschrift für Nipperdey, S.150 ff
- 2) a.A. Dietz, Anm.170 zu § 56; Neumann-Duesberg, aaO., S.493 f
- 3) Zöllner, aaO., S. 390; ebenso BVerwG AP Nr.2 zu § 66 PersVG

Es ist aber auch für diese Fälle möglich, die Verhängung im Einzelfall durch Vereinbarung von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig zu machen oder einem Betriebsausschuß zuzuweisen.

§ 10: Die Sanktionen

1. Welche Sanktionen im einzelnen als Betriebsbußen verhängt werden können, ist in den Betriebsbußordnungen abschließend zu regeln¹⁾. Als "klassische" Betriebsbußen sind in der Praxis die Verwarnung, der Verweis, Geldbuße und Versetzung bekannt. Darüberhinaus wird aber auch in vielen Betrieben die Entlassung als Betriebsbuße in den Bußordnungen angedroht²⁾. Inwieweit dies zulässig ist, wird im folgenden noch genauer zu untersuchen sein, da dies für die Frage von Bedeutung ist, ob durch die Betriebsbußen als mildere Mittel die Entlassung eingeschränkt werden kann.

2. Bei der Verwarnung taucht die Frage nach der Konkurrenz zur vertraglichen Abmahnung auf. Letztere steht dem Arbeitgeber als vertragsimmanente Sanktion ohne weiteres zu. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfällt³⁾. Die Grenze zwischen der bloß vertraglichen Abmahnung und der Verwarnung ist nicht leicht zu ziehen. Zum Teil wird überhaupt ein Unterschied geleugnet⁴⁾. Dieser besteht aber wegen der unterschiedlichen Wirkung der einzelnen Maßnahmen. Es ist daher darauf abzustellen, ob eine Verwarnung für den Arbeitnehmer eine fortdauernde Beeinträchtigung bedeutet (z.B. Aufnahme in die Personalakten). Ist dies nicht der Fall, handelt es sich lediglich um eine vertragliche

1) vgl. BAG Nr.1 zu § 56 BetrVG a.F. "Betriebsbuße"

2) vgl. die Nachweise oben FN.2, S.2

3) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.128; ArbG Berlin, BB 74, 230

4) Dietz-Richardi, aaO., § 87, Anm.128

Abmahnung, sonst um eine Betriebsbuße¹⁾.

3. Problematisch ist ebenfalls, inwieweit die Versetzung als Betriebsbuße in Frage kommt. Hier ist zu unterscheiden, ob mit der Versetzung nur eine Verschlechterung der formellen Arbeitsbedingungen oder auch eine Verschlechterung der materiellen Arbeitsbedingungen, etwa eine ständige Lohneinbuße verbunden ist. Im ersten Fall bestehen gegen die Versetzung als Betriebsbuße keine weiteren Bedenken. Im zweiten Fall dagegen stellt die Versetzung rechtstechnisch eine Änderungskündigung dar, so daß es für ihre Zulässigkeit grundsätzlich darauf ankommt, ob die Kündigungsvoraussetzungen vorliegen. Die Zulässigkeit einer derartigen Versetzung als Betriebsbuße hängt demnach davon ab, inwieweit die Kündigung selbst mit in eine Betriebsbußenregelung einbezogen werden kann²⁾.

4. Soweit einzelne Bußen vereinbart werden, ist man nicht unbedingt auf die "klassischen" Betriebsbußen beschränkt. Insgesamt können jedoch nur solche Buße vereinbart werden, die vertragsrechtlich begründet werden können. Darüberhinaus darf natürlich nicht gegen allgemeine gesetzliche Schranken verstoßen werden. So wäre etwa die Kürzung des gesetzlichen Urlaubs als Betriebsbuße wegen Verstoßes gegen § 13 Abs.1 i.V. §§ 3, 1 BUrlG unzulässig.

1) a.A. aber LAG Hamm DB 74, 439, das auf den Unterschied zur Betriebsbuße jedoch nicht eingeht, vgl. auch LAG Berlin, BB 74, 230, das für die Unterscheidung darauf abstellt, ob ein Verstoß gegen die kollektive Ordnung des Betriebs oder ein Verstoß gegen einzelarbeitsvertragliche Pflichten abgemahnt wird.

2) vgl. hierzu den folgenden Abschnitt

2. Abschnitt

Die Entlassung als betriebliche Sanktion

Für die Frage, ob die Betriebsbußen als mildere Mittel gegenüber der Entlassung ein brauchbares Instrument darstellen, ist es bedeutsam, ob auch die Kündigung selbst als betriebliche Sanktion ausgestaltet werden kann. Denn während die Betriebsbußen nur bei abschließend geregelten Tatbeständen in Betracht kommen und nur bei schuldhaften Verstößen verhängt werden dürfen, gilt für die Kündigung - die ordentliche wie die außerordentliche - eine derartige Einschränkung nicht. Diese ist nicht an gesetzlich abschließend fixierte Kündigungstatbestände gebunden, und sie kann auch unabhängig vom Verhalten des Arbeitnehmers und erst recht vom schuldhaften Verhalten gerechtfertigt sein¹⁾. Betriebsbußen kommen daher als mildere Mittel gegenüber der Kündigung überhaupt nur da in Betracht, wo sich beide Institute auf dieselben Tatbestände beziehen. Dies kann aber nur der Fall sein, wenn die Kündigung selbst als betriebliche Sanktion möglich ist. Ob der Kündigung aber überhaupt Strafcharakter zukommen kann, ist schon lebhaft umstritten.

§ 11: Darstellung des Meinungsstandes

I. Die Ansicht der Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des RAG

Aus der Rechtsprechung des RAG sind zwei Entscheidungen zu diesem Problem erwähnenswert.

In der einen wird ausgeführt, daß die Kündigung im allgemeinen keine Strafe sei²⁾, es jedoch dadurch wer-

1) vgl. Küchenhoff, Anm. zu BVerwG AP Nr.2 zu § 66 PersVG

2) RAG ARS 10, 489

den könne, daß sie als solche vereinbart werde¹⁾.

In der anderen Entscheidung²⁾ sagt dagegen das RAG lediglich, die fristlose Entlassung bedeute nicht eine über den Arbeitnehmer verhängte Strafe. Der Entscheidung lag folgender (vereinfachter) Sachverhalt zugrunde: Der klagende Arbeitnehmer war für eine beleidigende Äußerung gegenüber einem Ministerialbeamten von seinem Arbeitgeber, dem Beklagten zunächst nur verwarnt, dann aber auf Drängen des Ministeriums, das mit Presionen gegenüber dem Beklagten drohte, schließlich doch fristlos entlassen worden.

Der Kläger hielt dies für eine unzulässige Doppelbestrafung und berief sich im Prozeß auf Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem. Das RAG verwarf jedoch diesen Einwand, da die fristlose Entlassung auch bürgerlich-rechtlich keine Strafe sei³⁾.

2. Heutige Rechtsprechung

a) Aus der neueren Rechtsprechung ist zunächst eine Entscheidung des BVerwG zu nennen⁴⁾. In dem Urteil ging es um die Frage, ob bei Dienst- oder Ordnungsverstößen von Arbeitern und Angestellten im öffentlichen Dienst für die Verhängung von Ordnungsstrafen die Mitwirkung des Personalrats gemäß § 66 Abs.1, Ziff. g PersVG erforderlich sei. Das BVerwG verneinte diese Frage. Zur Begründung führte es aus, daß es sich bei der fristlosen Entlassung eines Arbeitnehmers um die schwerstwiegende Ahndung eines Verstoßes gegen die Ordnung der Dienststelle handele, hier aber gem. § 70 Abs.3 PersVG die Mitwirkung des Personalrats ausdrücklich ausgeschlossen sei. Gegenüber der

1) RAG ARS 10, 489 (493)

2) RAG ARS 13, 484

3) RAG ARS 13, 484 (487)

4) BVerwG AP Nr.2 zu § 66 PersVG

fristlosen Entlassung seien die Dienst- oder Ordnungsstrafen die weniger einschneidenden Maßnahmen. Daher sei es widersinnig, wenn bei diesen graduell geringeren Strafmaßnahmen ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werde, bei der härtesten dagegen nicht¹⁾.

Das BVerwG geht also ohne weiteres davon aus, daß der Entlassung Strafcharakter zukommt.

b) Demgegenüber steht das BAG auf einem grundsätzlich anderen Standpunkt²⁾. Nach seiner Ansicht ist die fristlose Entlassung als solche jedenfalls keine Ordnungsstrafe, sondern diesen gegenüber eine andersartige Maßnahme, nämlich das Rechtsgeschäft der außerordentlichen Kündigung³⁾.

Für das BAG ist demnach die Kündigung gegenüber den betrieblichen Bußen grundsätzlich ein aliud. Die vorsichtige Formulierung der Entscheidung deutet allerdings darauf hin, daß das BAG davon ausgeht, daß dieser grundsätzliche Unterschied nicht immer bestehen muß. Denn wenn das BAG ausführt, die fristlose Entlassung sei als solche keine Ordnungsstrafe⁴⁾, so steckt in dieser Formulierung von vorneherein die Einschränkung, daß in bestimmten Fällen die Entlassung eben doch als Strafe in Betracht kommen kann⁵⁾.

Dies scheint für das BAG dann der Fall zu sein, wenn die Entlassung in einer Betriebs- bzw. Dienstordnung ausdrücklich als Strafe angedroht ist. So hielt es die in einer Dienstordnung angedrohte Entlassung als Dienststrafe ohne Bedenken für zulässig und stellte die im übrigen zugelassene fristlose Entlassung aus wichtigem Grund dazu in Gegensatz⁶⁾.

1) BVerwG aaO., AP Nr.2 zu § 66 PersVG; ebenso auch Zöllner, ZZP 83, 390

2) BAG AP Nr.8 zu § 66 PersVG

3) BAG, aaO.

4) BAG, aaO.

5) vgl. Herschel, aaO., S.67 f

6) BAG SAE 67, 42 f

Dagegen ging das BAG in einer anderen Entscheidung, bei der es auch um die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung ging, die in einer Betriebsordnung für bestimmte Verstöße angedroht war, auf das Problem der Kündigung als Strafe gar nicht ein¹⁾, sondern stellte lediglich fest, daß durch die Betriebsordnung keine absoluten Kündigungsgründe geschaffen werden könnten, sondern daß es auch hier auf die Abwägung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in jedem konkreten Einzelfall ankomme²⁾.

Aber auch in anderen Entscheidungen, in denen vom Sachverhalt her die Kündigung offensichtlich eine Maßregelung des Gekündigten beinhaltete, nahm das BAG zum Problem der Kündigung als Strafe keine Stellung. Folgendes Urteil des BAG ist hier beispielhaft³⁾:

Eine Arbeitnehmerin hatte sich an einem Sympathiestreik wegen der fristlosen Entlassung eines Betriebsratsmitglieds beteiligt. Sie nahm trotz wiederholter Aufforderung des Betriebsleiters die Arbeit nicht auf, um nicht ihren streikenden Kollegen und Kolleginnen in den Rücken zu fallen. Daraufhin wurde ihr fristlos gekündigt. Dagegen wurden gegen die übrigen Streikenden keine Maßnahmen eingeleitet.

Zweck der fristlosen Kündigung war in diesem Fall offensichtlich der, einen einzelnen Streikenden herauszugreifen und hart zu bestrafen, um den übrigen Streikenden ein Exempel zu statuieren, das diese zur Beendigung des Streiks veranlassen sollte.

Auf die Problematik einer derartigen generalpräventiven Kündigung ging das BAG mit keinem Wort ein, sondern gab sich mit der bekannten Floskel der beharrlichen Ar-

1) BAG AP Nr.8 zu § 124a GewO

2) BAG AP Nr.8 zu § 124 a GewO; a.A. Hueck in seiner Anm. zu dieser Entscheidung

3) BAG AP Nr.41 zu Art. 9 GG = SAE 70, 230

beitsverweigerung zufrieden, durch die es die fristlose Kündigung für gerechtfertigt hielt¹⁾.

Der Verdacht, daß der Arbeitgeber durch das Mittel der Kündigung bestrafen wollte, drängt sich auch bei folgender Entscheidung des BAG auf²⁾:

Es ging hier um die Entlassung eines qualifizierten Angestellten (allerdings mittels einer ordentlichen Kündigung), der sich gegen beleidigende Vorwürfe eines anderen Angestellten dieses Betriebs gerichtlich zur Wehr setzen wollte. Dies wollte der Arbeitgeber aus nicht weiter bekannten Motiven verhindern, und unterbreitete den beiden "Streithähnen" einen Vermittlungsvorschlag, durch den die Angelegenheit betriebsintern beigelegt werden sollte. Der beleidigte Arbeitnehmer wollte sich hierauf jedoch nicht einlassen, da er sich dadurch nicht genügend rehabilitiert sah, und er wollte weiterhin vor den ordentlichen Gerichten gegen den Kollegen klagen. Daraufhin wurde ihm vom Arbeitgeber gekündigt.

Es bedarf keiner weiteren Erläuterungen, daß die Kündigung aus Vergeltung ausgesprochen wurde, weil sich der Arbeitnehmer der "Hausjustiz" des Arbeitgebers nicht unterwerfen wollte. Auch wenn man hier davon ausgeht, daß es für die ordentliche Kündigung keines Grundes bedurft habe, stellt sich immerhin doch die Problematik der Kündigung als Strafe. Auch in dieser Entscheidung ging das BAG hierauf jedoch nicht ein und begnügte sich mit der Feststellung, eine derartige Kündigung verstoße nicht gegen die guten Sitten³⁾. Dieser Auffassung widerspricht das BAG jedoch selbst

1) ebenso in einem ähnlichen Fall jetzt auch LAG
Berlin, DB 73, 2097

2) BAG AP Nr.5 zu § 242 BGB

3) vgl. die ablehnende Kritik von Arndt, NJW 65, 26 ff;
Nikisch, NJW 64, 2387 ff

in einem anderen Urteil¹⁾. Dort räumt es nämlich ein, daß eine Kündigung dann, wenn sie lediglich als Reaktion dafür ausgesprochen werde, daß der Arbeitnehmer keine ganz undiskutablen Ansprüche erhoben hat, für jeden rechtlich Denkenden schlechthin verworflich ist.

Hier erkennt das BAG also, daß eine Kündigung strafweise erfolgen kann und hält dies für unzulässig.

Die zitierten Entscheidungen des BAG machen deutlich, daß es schwierig ist, die Rechtsprechung des BAG hinsichtlich der strafweisen Entlassung auf einen einheitlichen Nenner zu bringen. Jedoch läßt sich sagen, daß auch das BAG nicht abstreiten will, daß die Kündigung als Strafe verhängt werden kann. Hieraus zieht es jedoch keine besonderen Konsequenzen.

c) Auch die Stellungnahmen der unteren Arbeitsgerichte zum Problem der strafweisen Kündigung sind nicht sehr ergiebig.

Interessant ist allerdings ein Urteil des LAG Frankfurt, in dem es heißt, daß der fristlosen Kündigung nach einer Verfehlung kein Strafcharakter zukomme²⁾.

Aus dem Kontext der Entscheidungsgründe ergibt sich jedoch, daß das Gericht nicht der Auffassung ist, eine Kündigung sei strafweise nicht möglich, sondern daß es ganz zu Recht davon ausgeht, daß die Notwendigkeit der Bestrafung nach einer Verfehlung die fristlose Entlassung selbst nicht rechtfertigen könne, sondern daß in jedem Fall danach zu fragen ist, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände noch zumutbar ist. Dem entspricht es auch, wenn das Gericht ausführt, daß die außerordentliche Kündigung dann nicht mehr in

1) BAG AP Nr.22 zu § 138 BGB

2) LAG Frankfurt AP Nr.18 zu § 626 BGB, Bl.2 Rückseite

einem angemessenen Verhältnis zur Verfehlung steht, wenn es sich um leichtere Verfehlungen handelt¹⁾. Nach Ansicht des LAG Nürnberg stellt die Bekanntmachung einer Entlassung wegen einer Verfehlung am schwarzen Brett eine Betriebsbuße dar²⁾. Dagegen läßt das Gericht ausdrücklich offen, ob auch die Entlassung selbst als Disziplinar middel anzuerkennen ist³⁾.

II. Die Meinungen in der Literatur

Durchforstet man die Literatur zu dem Problem der Kündigung als Strafe, so ist zunächst auffallend, daß gróßtenteils eher beiläufige Bemerkungen zu diesem Thema vorliegen⁴⁾. Dies mag daran liegen, daß dem Problem keine weitere Bedeutung zugemessen wurde, obwohl die bisherigen statistischen Untersuchungen zeigen, daß die strafweise Entlassung in der Form der Betriebsbuße eine durchaus häufige Reaktion ist⁵⁾.

Bei einer ersten Systematisierung des Schrifttums lassen sich deutlich drei Meinungen unterscheiden: Erstens: Die totale Ablehnung. Kündigung und Strafe werden als unvereinbare Gegensätze angesehen. Zweitens: Der mögliche Strafcharakter einer Kündigung wird anerkannt, eine solche Kündigung soll als Betriebsbuße jedoch unzulässig sein. Drittens: Der mögliche Strafcharakter einer Kündigung wird anerkannt und die Kündigung auch als Betriebsbuße zugelassen.

1. Einen möglichen Strafcharakter der Kündigung an sich hatte bereits Flatow in seiner Anmerkung zu der

1) LAG Frankfurt, aaO., Bl.2

2) LAG Nürnberg, AR Blattei "Betriebsbußen", Entscheidung 7

3) LAG Nürnberg, aaO.

4) eingehend Schaper, Die Entlassung als Betriebsbuße, Diss. Köln 1971

5) s.o. S. 21 FN.2

oben zitierten Entscheidung des RAG¹⁾ bestritten²⁾. Auch die Vereinbarung der Entlassung als Strafe in einer Arbeitsordnung sei in Wahrheit nur als Vereinbarung der Festsetzung eines Entlassungsgrundes im Sinne von § 134 b Nr.3 GewO³⁾ zu betrachten⁴⁾. Dagegen könnten Strafen nur solche Maßnahmen innerhalb eines Arbeitsverhältnisses sein, die gerade den Zweck hätten, die schärfste Maßnahme der Entlassung zu erübrigen⁵⁾. Außerdem stünden der Anerkennung der Entlassung als Strafe der Charakter der Betriebsbußen als Vertragsstrafen entgegen⁶⁾. Darüberhinaus sei aber auch nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber bei einer strafweisen Entlassung wegen eines Verstoßes gegen die Arbeitsordnung stärker gebunden sein solle, als wenn er ohne solchen Grund entläßt, da er im ersten Fall der Zustimmung, im zweiten Fall nur dem Einspruch der Betriebsvertretung ausgesetzt sei⁷⁾.

Ähnlich wie von Flatow wird auch heute noch von einigen Autoren argumentiert. Als grundsätzlicher Unterschied zwischen Kündigung und Betriebsbuße wird zunächst geltend gemacht, daß es sich bei der Kündigung um ein individualrechtliches Rechtsgeschäft handle, während die Betriebsbußen ein Instrument der kollektiven Ordnung seien⁸⁾. Die Kündigung könne daher nicht Strafe sein, weil hier der arbeitsvertragliche Aspekt überwiege⁹⁾.

1) RAG ARS 10, 489

2) Flatow, Anm. zu BAG ARS 10, 489, S.495

3) in der Fassung vom 26.7.1900

4) Flatow, aaO., S.495

5) Flatow, aaO., S.495

6) Flatow, aaO., S.495

7) Flatow, aaO., S.496

8) vgl. Dietz, BetrVG, 4.Aufl., § 56, Anm.168; Neumann-Duesberg, aaO, S.491; Hueck-Nipperdey, II 2, S.1379

9) Galperin, BB 70, 938; Kammann, DB 69, 2135; Kienapfel, JZ 65, 601

Galperin betont, daß die Kündigung auch deshalb nicht Strafe sein könne, weil sie nicht "corrigendi causa" erfolge, sondern das Arbeitsverhältnis endgültig beende¹⁾. Ähnlich äußert sich auch Sommer, der darauf hinweist, daß mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber in der Regel nicht gedient sei²⁾. Herbst glaubt die Kündigung als Strafe deswegen nicht anerkennen zu können, weil die Kündigung in ihrer Zulässigkeit und ihrer gerichtlichen Nachprüfung ganz anderen Voraussetzungen unterliege als die Betriebsbußen³⁾. Auch bei der Vereinbarung der Kündigung als Strafe in einer Betriebsordnung stellt sich die Entlassung für ihn nicht als Strafe dar, sondern als Ausübung des dem Arbeitgeber zustehenden Kündigungsrechts. Die Vereinbarung der Entlassung als Strafe ist für ihn nichts anderes als die Vereinbarung von Kündigungsgründen⁴⁾.

Gegen einen möglichen Strafcharakter der Entlassung wendet sich schließlich mit Nachdruck auch Küchenhoff⁵⁾. Kündigung und betriebliche Disziplinarmaßnahmen sind für ihn ein aliud. Dies ergebe sich schon daraus, daß die Verhängung von Strafen Verschulden voraussetze, eine Kündigung dagegen nicht⁶⁾. Ausdrücklich weist Küchenhoff auch darauf hin, daß ein das gesamte Dienst- und Arbeitsrecht durchziehendes Rechtsprinzip gelte, wonach dem Arbeitgeber bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die an keine Zustimmung gebundene Entscheidungsfreiheit über die außerordentliche Kündigung zustehe⁷⁾.

1) Galperin, BB 70, 938

2) Sommer, AR-Blattei, "Betriebsbußen", A I

3) Herbst, BB 65, 422

4) Herbst, BB 65, 422; ähnlich auch Dersch, Anm. zu LAG Frankfurt, AP Nr.19 zu § 626 BGB, Bl.4

5) Küchenhoff, Anm. zu BVerwG AP Nr.2 zu § 66 PersVG

6) Küchenhoff, aaO., Bl.186

7) Küchenhoff, aaO., Bl.186

Dagegen sei aber die Betriebsbuße der Zustimmung des Betriebsrats unterworfen. Auf den Unterschied zwischen mitbestimmungsfreier¹⁾ personeller Einzelmaßnahme hinsichtlich der Kündigung und den Betriebsbußen als dem notwendigen Mitbestimmungsrecht unterliegenden sozialen Angelegenheiten weist auch Kammann hin²⁾.

Ebenso sieht Gagel Entlassung und Strafe als etwas Verschiedenes an³⁾. Dies folgt für ihn daraus, daß der Betriebsgemeinschaft, die für ihn Träger der betrieblichen Bußgewalt ist⁴⁾, keine Verfügungsmacht über die dem Arbeitgeber allein zustehende Kündigung zukomme⁵⁾.

Einen möglichen Strafcharakter der Kündigung verneinen schließlich auch Nikisch⁶⁾ und Koch⁷⁾. Sie begnügen sich jedoch mit der lapidaren Feststellung, daß die Kündigung niemals Strafe sein könne, auch wenn sie oft als solche betrachtet werde⁸⁾.

2. Differenzierter als bei den eben zitierten Autoren ist der Standpunkt von Flume⁹⁾.

Er übersieht nicht, daß auch der Kündigung faktisch durchaus Strafcharakter zukommen kann¹⁰⁾. Für ihn stellt sich daher die Frage, ob neben der Kündigung darüber-

1) in dem Sinn, daß es nicht der ausdrücklichen Zustimmung bedarf

2) Kammann, DB 69, 2135

3) Gagel, aaO., S.65

4) Gagel, aaO., S.42

5) Gagel, aaO., S.86

6) Nikisch, Bd.III, S.419

7) Koch, BB 54, 566

8) Nikisch, aaO., S.419; Koch, aaO., S.566

9) Flume, Die Vereinsstrafe, Festschrift für Bötticher, S.116 ff; Die Ausführungen Flumes gelten entspr. für die betr. Entl.

10) Flume, aaO., S.117

hinaus noch ein eigener disziplinarer Ausschußbestand als Vereins- bzw. Betriebsstrafe etabliert werden kann. Dies verneint Flume. Eben weil es die Kündigung gebe, könne ein strafweiser Ausschuß nicht mehr zugelassen werden, weil hierzu die Legitimation fehle¹⁾.

Gegen die Zulässigkeit der Entlassung als selbständige Betriebsbuße neben der Kündigung spricht sich auch Zöllner aus²⁾, der darin allerdings eine unzulässige Ehrenstrafe sieht, soweit sie mit einem zusätzlichen personalen Unwertcharakter belegt wird.

3. Potthoff differenziert bei der Beurteilung der Frage, ob die Kündigung als Strafe zulässig sei, zwischen der freien Kündigung und der in einer Arbeitsordnung als Strafe vereinbarten Kündigung³⁾.

Er führt aus, daß die freie Kündigung schon immer das wirksamste Droh- und Schreckmittel war, mit dem der Arbeitnehmer den Wünschen des Arbeitgebers gefügig gemacht werden konnte. Für ihn ist es deshalb ganz zweifellos, daß die Kündigung sehr oft als Strafe angewandt wird⁴⁾. Eine derartige Anwendung des Kündigungsrechts ist für ihn jedoch rechtlich nicht begründet. Seiner Ansicht nach darf es nicht anerkannt werden, daß der Arbeitnehmer als Strafe etwa für ungebührliches Verhalten entlassen werden kann⁵⁾. Damit meint Potthoff, daß der Wunsch des Arbeitgebers zu strafen für sich keine ausreichende Begründung für eine Kündigung sein kann⁶⁾. Die Befriedigung eines Vergeltungsbedürfnisses

1) Flume, aaO., S.119; ebenso Luhmann, aaO., S.97 ff, 104

2) Zöllner, ZZP 83, 377

3) Potthoff, GruchBeitr. Bd.68, 287 ff; ders., AR 28, 203 ff

4) Potthoff, GruchBeitr., 68, 290

5) Potthoff, GruchBeitr., 68, 291

6) Potthoff, AR 28, 209

könne für sich kein wichtiger Grund zur Kündigung sein¹⁾.

Für Potthoff bestehen dagegen keine Bedenken, die Kündigung als Strafe zu vereinbaren, da das Gesetz keine Beschränkung über die Form der Strafe enthält²⁾. Allerdings dürfe dann nur bei den ausdrücklich vereinbarten Fällen die Kündigung als Strafe ausgesprochen werden. In diesen Fällen bedürfe die Kündigung dann auch der Zustimmung der Betriebsvertretung³⁾.

Auch Gaul hält die fristlose Entlassung als Ordnungsstrafe für zulässig⁴⁾. Wie Potthoff begründet er dies damit, daß keine gesetzliche Schranke besteht.

Meyer-Cording sieht in der Entlassung die schwerste betriebliche Strafe⁵⁾. Er führt aus, daß gerade die Kündigung oft gefürchtet sei, weil sie den Verlust erheblicher Vorteile mit sich bringen kann, die mit der Betriebszugehörigkeit verbunden sind, wie z.B. Werkswohnung, Alters- und Krankenfürsorge, Bildungsförderung usw.⁶⁾.

Auf diese faktische Strafwirkung der Kündigung wegen der mit ihr verbundenen Nachteile weist auch Bötticher hin⁷⁾. Auch wenn man die Entlassung eines Arbeitnehmers wegen einer Verfehlung lediglich als das neutrale Rechtsgeschäft der Kündigung ansehen will, kann dies für Bötticher doch nicht die Herabsetzung vermeiden, die der aus solchem Grund entlassene Arbeitnehmer

1) Potthoff, GruchBeitr., 68, 291 u. AR 28, 212

2) Potthoff, AR 28, 206

3) Potthoff, AR 28, 206

4) Gaul, DB 65, 668

5) Meyer-Cording, NJW 66, 225

6) Meyer-Cording, NJW 66, 225; ebenso Franzheim, Werk-schutzrecht, S.55; vgl. auch Huber, ZBR 59, 352 f

7) Bötticher, ZfA 70, 49

nicht nur im Kreise seiner Mitarbeiter, sondern auch außerhalb dessen erfährt, z.B. gegenüber demjenigen, dem er als Bewerber durch das ihm ausgestellte Zeugnis oder durch die Nachfrage bei dem früheren Arbeitgeber dementsprechend ausgewiesen wird¹⁾. Da somit für Bötticher die Strafwirkung einer Kündigung gar nicht vermieden werden kann, hält er es für zulässig, die Kündigung von vorneherein als Strafe in der Betriebsordnung zu vereinbaren²⁾. Auch Harbeck hat keine Bedenken, die Kündigung als Betriebsbuße zuzulassen³⁾. Er führt an, daß die zu einer Kündigung führenden Gründe nicht nur in der individualrechtlichen sondern auch in der kollektivrechtlichen Sphäre liegen könnten und daß es deshalb gerechtfertigt sein könne, daß vom Betriebsgericht als ultima ratio auch der Ausschluß aus der Betriebsgemeinschaft als Strafe verhängt wird⁴⁾. Zur Untermauerung seiner Ansicht weist er auf parallele Erscheinungen in verwandten Rechtsgebieten hin, so auf den strafweisen Ausschluß im Vereinsrecht und die Entlassung im staatlichen Disziplinarrecht⁵⁾.

Eingehend befürwortet auch Herschel die Zulässigkeit der Kündigung als Strafe⁶⁾. Ausgangspunkt für seine Beurteilung ist die Entscheidung des BAG⁷⁾, in der ausgeführt wurde, daß die Kündigung als solche keine Strafe sei. Herschel nimmt diese Aussage zum Ausgangs-

1) Bötticher, ZfA 70, 49

2) Bötticher, ZfA 70, 49

3) Harbeck, Diss., S.82 f

4) Harbeck, Diss., S.82

5) Harbeck, Diss., S.83

6) Herschel, Betriebsbußen, S.67 f; Ders., Anm. zu BAG SAE 67, 42, 44

7) BAG AP Nr.8 zu § 66 PersVG - BAG SAE 67, 42

punkt seiner Betrachtung und stimmt ihr ausdrücklich zu¹⁾. Als solche sei die Kündigung in der Tat keine betriebliche Strafe sondern ein vertragslösendes Rechtsgeschäft des Zivilrechts²⁾. Die als solche wertneutrale Kündigung empfangt aber Sinn und Färbung durch den Zusammenhang, in den sie hineingestellt werde³⁾. Als Reaktion auf vorwerfbares Tun könne sie auch strafweise erfolgen, "sich zu einem - der Mitbestimmung unterliegenden Mittel der Bestrafung steigern", in die "Strafmaßnahmen gewissermaßen eingespannt werden"⁴⁾.

Dadurch werde die Entlassung dann über ihre eigentliche Funktion hinaus mit einem Sühneeffekt bepackt, von ihr gehe nunmehr eine verstärkte Wirkung aus, indem sie auch diffamierenden Charakter enthalte⁵⁾. Da somit der Kündigung Strafcharakter zukommen könne, liegt es für Herschel auf der Hand, "daß der Einbau von Fällen verschuldeter Entlassung in das System der Betriebsstrafen sowohl möglich ist wie sinnvoll sein kann"⁶⁾.

Wie Herschel sehen auch Löwisch - Würthenberger die Kündigung als solche als neutrale einzelvertragliche Maßnahme an, die aber auch durchaus in die Ebene der Betriebsstrafe gehoben werden könne⁷⁾. Ein Kriterium hierfür könnte ihrer Ansicht nach die Aufnahme in den Strafkatalog der Betriebsordnung sein⁸⁾.

1) Herschel, Betriebsbußen. S.67

2) Herschel, Betriebsbußen, S.67

3) Herschel, Betriebsbußen, S.67; ebenso auch Lentzke, Betriebsjustiz, Diss.Köln 1972, S.97, der aber die Zulässigkeit der Kündigung als Betriebsbuße aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen ablehnt.

4) Herschel, Betriebsbußen. S.68

5) Herschel, Betriebsbußen, S.68

6) Herschel, Betriebsbußen, S.68

7) Löwisch-Würthenberger, JuS 70, 265 ff

8) Löwisch-Würthenberger, JuS 70, 266

Eingehend mit den Problemen der Entlassung als betriebliche Strafe hat sich schließlich auch Schaper befaßt¹⁾.

Schaper differenziert zunächst, ob die Kündigung in einer Betriebsordnung als Strafe angedroht ist oder nicht. Da konstitutiver Faktor jeder Betriebsbuße die abstrakte Androhung in einer Bußordnung sei, könne die nicht als Betriebsbuße angedrohte Kündigung auch niemals betriebliche Strafe sein²⁾. Daß die Kündigung auch sonst oft als Strafe empfunden wird, ist für ihn eine Tatsache, die mit der rechtlichen Beurteilung nichts zu tun hat³⁾.

Sodann prüft Schaper, ob die Kündigung als echte Betriebsbuße angesehen werden kann⁴⁾. Er verneint dies, da sich die Ermächtigung der Betriebsbußen von ihrem Sinn und Zweck her nicht auf die Kündigung erstrecke. Dies zum einen nicht, weil für die Entlassung das Recht der Kündigung gesetzlich geregelt sei, das Recht des Betriebsbußenwesens dagegen nicht⁵⁾.

Zum anderen bestehe der Zweck der Betriebsbußen allein in der Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung des Betriebs bei Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses. Dagegen entspreche die Kündigung nicht mehr diesem Zweck, da sie das Arbeitsverhältnis beende⁶⁾.

Obwohl somit Schaper zu dem Ergebnis kommt, daß die Entlassung nicht als echte Betriebsbuße angesehen werden könne⁷⁾, hält er es trotzdem für sinnvoll,

1) Schaper, Die Entlassung als Betriebsbuße, Diss. Köln, 1971

2) Schaper, aaO., S.27

3) Schaper, aaO., S.27

4) Schaper, aaO., S.31 ff

5) Schaper, aaO., S.33 f

6) Schaper, aaO., S.32

7) Schaper, aaO., S.35

daß die Entlassung auch in Form einer Betriebsbuße vorgesehen und verhängt wird¹⁾. Daraus zieht Schaper für das Kündigungsrecht allerdings keine Konsequenzen. Dadurch daß die Kündigung nämlich als Betriebsbuße angedroht wird, soll daneben das Kündigungsrecht unberührt bleiben²⁾. Dieses bleibt nach Schaper im vollen Umfang neben dem Recht zur Entlassung durch Betriebsbuße bestehen. Da Schaper auch die als Betriebsbuße ausgesprochene Entlassung allein nach den Regeln des Kündigungsrechts beurteilt³⁾, ergibt sich damit keine Änderung zur bisherigen Rechtslage, da es weiterhin allein im Belieben des Arbeitgebers steht, ob er einen Arbeitnehmer entläßt oder nicht.

Wenn Schaper somit die Entlassung als Betriebsbuße zulassen will, so hat das bei ihm lediglich die Bedeutung, daß in diesen Fällen dem Arbeitnehmer die Straffunktion offenbart wird.

§ 12: Vergleichende Umschau in anderen Rechtsgebieten

Bevor im folgenden die eigene Ansicht zum Problem der strafweisen Entlassung dargestellt werden soll, soll zur Abrundung des Gesamtbildes noch ein kurzer Blick auf entsprechende Rechtsinstitute in anderen Rechtsgebieten geworden werden, da möglicherweise auch von dort Beurteilungsgesichtspunkte gewonnen werden können.

Zu denken ist hier vor allem an den Ausschluß aus einem Verein, an den Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft und an die disziplinarrechtliche Ent-

1) Schaper, aaO., S.35 ff

2) Schaper, aaO., S.56

3) Schaper, aaO., S.60 ff

lassung von Beamten. Schließlich kann auch ein kurzer Vergleich mit dem Disziplinarrecht der Arbeiter in der DDR aufschlußreich sein.

I. Ausschluß und Vereinsstrafe

Für den Ausschluß eines Vereinsmitglieds aus dem Verein wird fast ausschließlich die Ansicht vertreten, daß es sich hier um die schwerstwiegende Vereinsstrafe handelt¹⁾. Daneben ist auch die Möglichkeit der Kündigung des Mitgliedschaftsverhältnisses aus wichtigem Grund gegeben²⁾. Der Charakter des Ausschlusses als Vereinsstrafe ergibt sich für die h.M. durch seine Verwendung als Zwangsmittel. Dem Ausschluß komme nicht nur eine vergeltende Sühnefunktion zu, sondern auch generalpräventive Wirkung, indem er andere Mitglieder von Verstößen gegen ihre Vereinspflichten abschrecke³⁾.

Ob der Ausschluß aus einem Verein als Vereinsstrafe zulässig ist, ist nicht Gegenstand der Untersuchung. Für die Frage der strafweisen Entlassung im Arbeitsrecht ergeben sich hieraus jedenfalls keine aufschlußreichen Gesichtspunkte, da im wesentlichen mit denselben Argumenten diskutiert wird⁴⁾.

1) vgl. Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, S.53 ff, 63 ff; Larenz, Gedächtnisschrift für Dietz, S.51; Palandt, BGB, § 25, Anm.3; Sörgel-Siebert, 10.Aufl., § 25, Anm.17 und § 39, Anm.7; Ermann-Westermann, 5.Aufl., § 25, Anm.4 und § 39, Anm.4; Reichert-Dannecker-Kühr, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 1970, S.204; a.A. Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung, S.23 ff

2) vgl. Flume, Festschrift für Bötticher, S.117, der wegen der Kündigungsmöglichkeit einen strafweisen Ausschluß als eigenes Institut nicht mehr zulassen will.

3) Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, S.64 f

4) Meyer-Cording, NJW 65, 225 setzt Vereins- und Betriebsstr. gleich

II. Der Ausschluß eines Gesellschafters als Strafe?

Daß der Ausschluß eines Gesellschafters aus seiner Gesellschaft eine Strafe der übrigen Gesellschafter gegenüber dem ausgeschlossenen Gesellschafter darstellen könnte, wurde bisher wohl noch nicht behauptet¹⁾. Allgemein anerkanntes Kriterium für die Zulässigkeit des Ausschlusses ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem störenden Gesellschafter unzumutbar macht²⁾. Anerkannt wird aber die harte Wirkung des Ausschlusses für den Gesellschafter. Der Ausschluß muß daher das allerletzte Mittel sein, das nur angewendet werden darf, wenn weniger einschneidende Maßnahmen, bei der aber der Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben kann, zu keiner zumutbaren Lösung führen³⁾. Der BGH betont ausdrücklich, daß der Ausschluß eines Gesellschafters als Kündigung aus wichtigem Grund zu qualifizieren ist⁴⁾.

Daß der Ausschluß eines Gesellschafters nicht als Strafe gewertet wird, liegt wohl daran, daß es widersinnig ist, in einem Gesellschaftsverhältnis Strafbefugnisse zu konstruieren. Von der Wirkung unter-

1) Ein Problem wird hier gar nicht gesehen. Eine beiläufige Bemerkung findet sich bei Maiberg, GesellschaftsR, 1972, S.63 u. 196; Dreiss/Eitel-Dreiss, Unfreiwilliges Ausscheiden aus Gesellschaften, S.67 bemerkt ebenfalls beiläufig, daß der Ausschluß nicht zu einer echten Strafwirkung vergleichbaren Folgen führen darf.

2) BGHZ 9, 157 (159)

3) BGH BB 55, 1038; BGH DB 71, 140

4) BGHZ 9, 157 (163)

scheiden sich Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Ausschluß eines Gesellschafters jedenfalls nicht entscheidend.

III. Die Entlassung von Beamten

Pflichtverletzungen von Beamten werden durch Disziplinarstrafen geahndet. Als härteste Strafe drohen die Disziplinarordnungen die Entfernung aus dem Dienst an¹⁾.

Daß es sich bei der Entlassung eines Beamten um eine Strafe handelt, ergibt sich unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung. Eine Kündigung des Beamtenverhältnisses entsprechend der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gibt es nicht. Das auf Lebenszeit ausgerichtete öffentlich rechtliche Beamtenverhältnis ist insgesamt mit dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht vergleichbar.

IV. Die strafweise Entlassung von Werktätigen in der DDR

Für die Werktätigen in der DDR besteht ein bis in die Einzelheiten geregeltes Disziplinarsystem²⁾. Auf schuldhaft Verstöße gegen die Arbeitspflichten reagiert der sozialistische Staat mit den Mitteln der disziplinarischen Verantwortlichkeit³⁾, zu denen Maßnahmen wie Verweis, strenger Verweis und die fristlose Entlassung gehören⁴⁾.

Die fristlose Entlassung ist in der DDR nur als Disziplinarmaßnahme zulässig⁵⁾ und zwar bei einer schwer-

1) vgl. §§ 5, 11 BDO

2) vgl. §§ 106 ff Gesetzbuch der Arbeit (GBA) der DDR

3) Autorenkollektiv, ArbR der DDR, 1970, S.492

4) § 109 GBA DDR

5) Autorenkollektiv, S.214 und 506

wiegenden Verletzung der staatsbürgerlichen Pflichten oder der sozialistischen Arbeitsdisziplin¹⁾.

Diese Tatbestände zeigen, daß der Entlassung in der DDR eine ganz andere Funktion zukommt als der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses in der BRD. Dort handelt es sich nämlich um ein Erziehungsmittel des Staates. Hier um ein privatrechtliches Gestaltungsrecht. Daher ist die Entlassung in der DDR mit dem hier zu behandelnden Problem nur bedingt zu vergleichen. Interessant ist jedoch, daß die fristlose Entlassung als Disziplinarmaßnahme die härteste Sanktion darstellt, die nur nach fruchtloser Erschöpfung aller milderer Maßnahmen zur Anwendung kommen darf.

§ 13: Eigene Stellungnahme

I. Die rechtliche Unbestimmtheit eines allgemeinen Strafbegriffs

Unter dem Begriff der Strafe läßt sich alles Mögliche verstehen. Es gibt ihn sowohl im Bereich des Rechts als auch in vielen anderen Lebensbereichen. Überall da, wo soziale Macht im weitesten Sinn ausgeübt wird, taucht auch der Begriff Strafe auf. Ganz allgemein läßt sich unter Strafe ein Übel verstehen, das jemand einem anderen mit Absicht zufügt und mit dem er auf eine von ihm mißbilligte Handlung reagiert²⁾.

Für die rechtliche Einordnung der Strafe gibt diese allgemeine Definition jedoch nichts her. Ein allgemeiner Strafbegriff ist rechtlich zu unbestimmt. So unterscheiden sich etwa die Kriminalstrafen und die Strafen im Ordnungswidrigkeitenrecht in Inhalt und Funktion

1) § 32 GBA DDR

2) vgl. Hoerster, Handlexikon zur Rechtswissenschaft, S.456, Stichwort: Strafe

erheblich voneinander¹⁾. Dies gilt erst recht für das Verhältnis der privaten zu den öffentlichen Strafen. Und selbst innerhalb der Kriminalstrafe lassen sich wieder so verschiedene Funktionen wie etwa Vergeltung auf der einen oder Resozialisierung auf der anderen Seite unterscheiden.

Kommen somit dem Strafbegriff rechtlich so unterschiedliche Bedeutungen zu, so ist es auch nicht möglich, mit einem so allgemeinen Begriff eine Kündigung als eine bestimmte Maßnahme zu qualifizieren. Denn ob man von einer Kündigung, die auf ein bestimmtes Verhalten der Arbeitnehmers hin erfolgt ist, sagt, hier handele es sich um eine Bestrafung, ist für die rechtliche Qualifizierung der Kündigung bedeutungslos, solange nicht die Funktion der Strafe in diesem Zusammenhang und ihre Auswirkung auf das Kündigungsrecht festgelegt ist. Daher ist auch der oben dargestellte Meinungsstreit, ob der Kündigung überhaupt Strafcharakter zukommen könne, lediglich ein Streit um Worte, wenn sich daraus für das Kündigungsrecht selbst keine Konsequenzen ergeben sollen²⁾.

II. Zur Frage der Zulässigkeit einer strafweisen Entlassung als selbständiges Rechtsinstitut neben dem Kündigungsrecht

Ist der Strafbegriff als solcher für die rechtliche Qualifizierung der Kündigungsmaßnahmen nicht von Bedeutung, da er allenfalls die Motivation der Maßnahme beschreibt³⁾, verhält es sich ganz anders mit der Frage, ob neben dem

1) vgl. BVerfGE 9, 167 ff

2) vgl. oben § 11

3) Dies hat auch Schaper, aaO., S.27 erkannt

gesetzlich geregelten Kündigungsrecht die Entlassung eines Arbeitnehmers als Strafmaßnahme (Betriebsbuße) auch als selbständiges Rechtsinstitut verhängt werden kann. Eine so verstandene strafweise Entlassung wäre auch rechtlich von Bedeutung, da es sich hierbei nun um einen von den Kündigungsvoraussetzungen unabhängigen eigenständigen Lösungstatbestand handeln würde.

Es ist Flume¹⁾ aber zuzustimmen, wenn er die strafweise Entlassung als selbständigen Lösungstatbestand nicht zuläßt. Die Möglichkeit, die strafweise Entlassung im Sinne eines selbständigen Ausschlußrechts der autonomen Betriebsgemeinschaft zu begreifen, scheidet schon an der hier vertretenen Vertragstheorie. Da eine Strafbefugnis der Betriebsgemeinschaft nicht anerkannt werden kann, besteht auch nicht das Recht, einen Arbeitnehmer "zur Strafe aus dem Betriebsverband auszuschließen"²⁾.

Es ist aber auch nicht zulässig, einen selbständigen Entlassungstatbestand als Vertragsstrafe zu vereinbaren, da das zwingende Kündigungs- und Kündigungsschutzrecht insoweit keinen Raum für selbständige Regelungen läßt³⁾. Darüberhinaus besteht aber auch gar kein Bedürfnis, die Entlassung als Sanktion durch Vertragsstrafe zu vereinbaren, da es eben das Recht zur Kündigung gibt⁴⁾ und daher die Funktion, die die Vertragsstrafe zu erfüllen hätte, schon durch das Kündigungsrecht erfüllt werden kann.

1) Flume, aaO., S.119

2) Dietz-Richardi, § 87, Anm.133

3) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Kündigungsgründe vertraglich vereinbart werden können, vgl. hierzu u. § 14 II

4) Flume, aaO., S.119

III. Die Kündigung als vertragsrechtliche Sanktion

Da dem Arbeitnehmer bei einer erheblichen Verletzung seiner ihm obliegenden vertraglichen Pflichten die Möglichkeit einer Kündigung droht, wird dieser in der Regel versuchen, seinen Pflichten ordnungsgemäß nachzukommen, um die Gefahr der Kündigung zu vermeiden. Der Kündigung kommt also insoweit auch durchaus die Funktion eines Druckmittels zur Einhaltung der dem Arbeitnehmer obliegenden Pflichten zu. Daher läßt sich die Kündigung auch durchaus als ein Instrument zur Pflichtenmahnung begreifen und entspricht damit insoweit in ihrer Funktion den Betriebsbußen. Der Unterschied beider Institute liegt lediglich in der unterschiedlichen Wirkung der verhängten Sanktion. Während durch die Betriebsbußen nämlich das gestörte Arbeitsverhältnis wieder korrigiert werden soll, wird durch die Kündigung das Arbeitsverhältnis endgültig gelöst, weil es nicht mehr korrigiert werden kann. Entscheidend ist jedoch, daß es sich sowohl bei der Kündigung als auch bei den Betriebsbußen um in der Sanktionsintensivität aufeinander abgestimmte Druckmittel zur Erfüllung der dem Arbeitnehmer obliegenden Pflichten handelt, wobei die Kündigung als härteste Maßnahme das Ende der "Sanktionsleiter" bildet, an der die spezielle Pflichtenmahnung für die Zukunft umschlägt in spezielle Repression als Folge der fehlgeschlagenen Spezialprävention.

Als vertragsrechtliche Sanktion bei Pflichtenverletzungen des Arbeitnehmers unterscheidet sich die Funktion der Kündigung daher nicht wesentlich von der Funktion der Betriebsbußen. Orientiert man vielmehr die Betriebsbußen am Vertragsrecht als vereinbarte vertragliche Sanktionen und versucht nicht, sie als zusätzliche Strafen einer eigenständigen Betriebsgemeinschaft zu begreifen,

so löst sich das Problem der strafweisen Entlassung von selbst, da eben dann die Kündigung aus ihrem vertragsrechtlichen Verbund nicht herausgelöst zu werden braucht und sich die Frage nach einem eigenen kollektiven Entlassungstatbestand nicht stellt. Der richtige Ansatzpunkt für die Lösung des Problems ist daher die Einbeziehung der Betriebsbußen in das System der vertragsrechtlichen Sanktionen und nicht umgekehrt der Versuch, diese zusätzlich mit dubiosen kollektiven Straffunktionen zu verfremden.

IV. Ergebnis

Die Frage, ob der Kündigung Strafcharakter zukommen kann, läßt sich selbst nicht mit einem allgemeinen Strafbegriff lösen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang allein die Funktion der Kündigung. Da sie als Reaktion auf Pflichtenverstöße im Arbeitsverhältnis in Betracht kommt, ist sie sowohl Druckmittel zur Pflichtenerfüllung als auch im Fall der Pflichtenverletzung Sanktion. In diesem Sinn ist die Kündigung auch Strafe.

§ 14: Die Kriterien der strafweisen Entlassung

I. Das Verhältnis der Betriebsbußen zur Entlassung

Mit der Einbeziehung der Betriebsbußen in das Vertragsrecht sind die Betriebsbußen ebenso wie die Kündigung als vertragsrechtliche Sanktionen zu verstehen. Da sich auch beide Institute in der Funktion der Pflichtenmahnung durch Androhung von Sanktionen entsprechen und sich nur in der unterschiedlichen Wirkung der Sanktionierung unterscheiden, sind die Betriebsbußen ohne weiteres als mildere Mittel gegenüber der Entlassung zu verstehen. Betriebsbußen und Kündigung stehen so nicht mehr wie bei der autonomen Straftheorie als ganz verschiedene Rechtsinstitute unabhängig nebeneinander¹⁾, sondern sie bilden ein einheitliches Sanktionensystem mit verschiedenen aufeinander abgestimmten Mitteln zur Durchsetzung bestimmter Pflichten.

II. Die Bußtatbestände der Betriebsbußen und zwingende Entlassungsgründe

Da es sich bei der strafweisen Entlassung um eine Kündigung und nur um eine Kündigung handelt, sind für die Voraussetzungen einer solchen Entlassung nur die Kriterien des Kündigungsrechts maßgebend. Das geltende Kündigungsrecht ist aber offen, d.h. es gibt dem Gesetz keine abschließend geregelten Kündigungsgründe. Dies gilt sowohl für die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB²⁾. Letztere ist

1) vgl. Rüthers, aaO., S.95 f

2) Da Voraussetzung für die strafweise Entlassung eine Pflichtenverletzung ist, kommt die ordentliche Kündigung hier nur bedingt in Betracht, nämlich nur insoweit, als auch sie an besondere verhaltensbedingte Gründe gebunden ist (vgl. § 1 KSchG). Soweit dagegen die ordentliche Kündigung auch grundlos erfolgen kann (vgl. § 622 BGB), stellt sich das Problem der strafweisen Entlassung nicht.

vielmehr immer dann zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.

Dagegen ist die Zulässigkeit von Betriebsbußen an bestimmte Bußtatbestände geknüpft. Da die Betriebsbußen gegenüber der Entlassung nur in diesen Fällen als mildere Mittel in Betracht kommen, fragt es sich, ob nicht auch für die strafweise Entlassung eine entsprechende Präzisierung der Kündigungsstatbestände erforderlich ist. Die Vereinbarung solcher Kündigungsgründe ist aber gerade bei der außerordentlichen Kündigung wegen ihres zwingenden Charakters problematisch. Dies in doppelter Hinsicht. Zum einen kann die Vereinbarung solcher Kündigungsgründe eine Beschränkung des Kündigungsrechts bedeuten, wenn sie als abschließende Regelung gemeint ist. Zum anderen aber auch als eine Erweiterung, wenn auch solche Tatbestände die Kündigung rechtfertigen sollen, bei denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zumutbar ist.

1. Darstellung des Meinungsstands

a) Die h.M.¹⁾ hält das Recht zur außerordentlichen Kündigung für absolut zwingend und folgert daraus die Unzulässigkeit jeder Beschränkung, sei es daß das Recht zur Kündigung von der Zustimmung eines Dritten abhängig gemacht wird²⁾, sei es daß die Kündigung nur bei bestimmten, abschließend geregelten Tatbeständen zulässig sein soll.

Molitor hält dagegen auch einschränkende Vereinbarungen über den wichtigen Grund gem. § 626 BGB für zulässig³⁾.

1) Palandt, § 626, Anm. 1 c; Ermann-Küchenhoff, § 626, Rdn 23 ff; Sörgel-Siebert, § 626, Rdn. 9; Staudinger, Bd II, § 626, Rdn. 54; Hueck-Nipperdey, Bd I, S. 595 f; Nikisch, Bd. I, S. 721

2) vgl. aber jetzt § 102 BetrVG 1972

3) Molitor, S. 203

Herschel unterscheidet bei dieser Frage zunächst zwischen relativer und absoluter Unzumutbarkeit¹⁾. Absolute Unzumutbarkeit, liegt nach seiner Ansicht dort vor, "wo einem Menschen etwas angesonnen wird, was gegen die guten Sitten verstößt, was in jedem Fall seine Würde als Person kränkt, was ihn seiner naturrechtlichen Freiheit beraubt, was mit seiner Stellung im Volksganzen schlechterdings unvereinbar ist, was unserer ethischen und juristischen Ordnung widerspricht, kurz was vor dem Recht keinen Bestand haben kann"²⁾. Im Unterschied dazu bestehe die bloß relative Unzumutbarkeit darin, "daß das Angesonnen~~ne~~ nur unter der Berücksichtigung der zwischen den Beteiligten wirksamen Rechtsgestaltung (oder ihres Fehlens) unzumutbar ist"³⁾.

Hinsichtlich der relativen Unzumutbarkeit hält Herschel vertragliche Beschränkungen des Kündigungsrechts für zulässig, da die Regelung, was zumutbar ist, insoweit der Verfügungsgewalt der Parteien unterliegt⁴⁾. Soweit dagegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden absolut unzumutbar geworden sei, sei eine Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung nicht möglich⁵⁾.

Mit der Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Unzumutbarkeit treibt Herschel einen terminologischen Aufwand, der mehr verschleiert als aufklärt. Sachlich sagt Herschel nichts anderes, als daß vertragliche Beschränkungen der außerordentlichen Kündigung in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB zulässig seien.

1) Herschel, Beschränkung der Befugnis zur aoK, Festschr. für Nikisch, 1958, S.49 ff; derselbe, Die Betriebsverfassung 1957, 181 ff

2) Herschel, Festschrift, S.58 f; BetrVer.57, 181

3) Herschel, Festschrift, S.59; BetrVerf. 57, 181

4) Herschel, Festschrift, S.60; BetrVerf. 57, 182

5) Herschel, Festschrift, S.60; BetrVerf. 57, 182

Für die Zulässigkeit der vertraglichen Beschränkung des Rechts zur aoK spricht sich auch Grimmer aus¹⁾. Er meint, daß es zwar ein Strukturprinzip unserer Rechtsordnung sei, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund veränderbar sind, es gebe aber kein rechtsteologisch-immanentes Prinzip, wonach Art und Weise der Auflösung von Dauerschuldverhältnisses nicht vereinbart werden könnten²⁾. Dabei könne auch dahingestellt bleiben, ob es sich bei § 626 BGB um eine zwingende Norm handele, da wegen der Unbestimmtheit der Generalklausel in der Norm selbst gar nicht klargestellt sei, was angezwungen wird³⁾. Gerade aber weil das Gesetz so unbestimmt sei, obliege es den Vertragsparteien, die Auflösungsgründe festzulegen⁴⁾. Unbedenklich sei dabei auch die Konkretisierung des w.G. durch eine abschließende Festlegung der Kündigungstatbestände⁵⁾.

Auch die Rechtsprechung hat zu dem Problem der vertraglichen Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung keine einheitliche Meinung vertreten. So war schon die Rechtsprechung des RAG in sich uneinheitlich.

Auf der einen Seite sagte es, die Beschränkung des w.G. sei zulässig, soweit eine derartige Abmachung nicht gegen die guten Sitten verstoße⁶⁾. Entsprechend führt es in einer anderen Entscheidung aus, § 626 BGB enthalte zwar zwingendes Recht, eine vertragliche Beschränkung des w.G. auf bestimmte Tatbestände sei aber möglich⁷⁾. Insbesondere, so führte es aus, könne die Kündigung auf Fälle beschränkt werden, in denen ein solches Verschulden vorliege, das bei einem Beamten die

1) Grimmer, AuR 71, 179

2) Grimmer, aaO., S.181

3) Grimmer, aaO., S.181

4) Grimmer, aaO., S.182

5) Grimmer, aaO., S.184

6) RAG ARS 31, 212

7) RAG ARS 32, 19

disziplinarische Entlassung rechtfertige¹⁾. Für seine Ansicht berief sich das Gericht auf die ständige Rechtsprechung der höchsten Gerichte²⁾. Dies jedoch nicht ganz zu Recht. Denn in einer Anzahl von Entscheidungen hatte das RAG die entgegengesetzte Meinung vertreten und entschieden, § 626 BGB könne nicht auf bestimmte Tatbestände beschränkt werden³⁾.

Die neuere Rechtsprechung der Arbeitsgerichte spricht sich insgesamt gegen eine vertragliche Beschränkung des w.G. auf bestimmte Tatbestände aus. Das BAG führt hierzu aus, es sei unzulässig, absolute Kündigungsgründe zu vereinbaren. In jedem Fall komme es auf die Abwägung im Einzelfall an, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zumutbar sei⁴⁾.

Dem folgen auch die unteren Arbeitsgerichte. So führte das LAG Düsseldorf in einer älteren Entscheidung aus, das Recht zur aoK könne nicht beschränkt werden⁵⁾. Diese Auffassung bestätigte das LAG auch für die nun geltende Fassung des außerordentlichen Kündigungsrechts⁶⁾. Es entschied, daß die Tarifvertragsparteien nicht berechtigt seien, in Tarifverträgen durch die Aufstellung eines Katalogs von Tatbeständen den Begriff des w.G. für Einzelfälle verbindlich auszufüllen.

b) Während die h.M. eine Beschränkung der aoK nicht zulassen will, hat sie gegen eine Erweiterung keine Be-

1) RAG, aaO., S.19

2) RAG, aaO., S.21

3) so RAG ARS 13, 308; 18, 264; 20, 283; 41, 199; vgl. auch die Anm. von Hueck zu RAG ARS 36, 418, in der er die Uneinheitlichkeit der Rspr. betont

4) BAG AP Nr.8 zu § 124 a GewO; BAG, BB 70, 803

5) LAG Düsseldorf SAE 55, 154

6) LAG Düsseldorf DB 71, 150

denken¹⁾. Wie nun allerdings diese Ansicht mit der zwingenden Natur des § 626 BGB vereinbar sein soll, ist nicht ersichtlich.

2. Eigene Meinung

Mit der h.M. ist davon auszugehen, daß § 626 BGB zwingenden Charakter hat. Daraus folgt, daß das Recht der außerordentlichen Kündigung weder ausgeschlossen, noch auf bestimmte Fälle beschränkt werden kann. Denn gerade wenn sich der Gesetzgeber für eine offene Regelung des § 626 BGB entschieden hat, ist es widersinnig, die Zulässigkeit der aoK auf bestimmte Fälle zu beschränken²⁾. Umgekehrt ist es aber auch nicht möglich, das Recht zur aoK zu erweitern. Denn wenn § 626 BGB zwingend vorschreibt, daß die fristlose Kündigung nur zulässig ist, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist, so ist es nicht möglich, die Kündigung auch in Fällen zuzulassen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zumutbar ist. Hieraus folgt jedoch nicht, daß nicht auch vereinbart werden kann, in welchen bestimmten Fällen ein wichtiger Grund zur aoK vorliegen kann. Gerade weil die Regelung des § 626 insoweit offen ist, bestehen gegen die Präzisierung von wichtigen Kündigungsgründen keine Bedenken. Ihnen kommt jedoch nicht absoluter Charakter zu. D.h., liegt ein als Kündigungsgrund vereinbarter Tatbestand vor, folgt daraus nicht schon ohne weiteres die Zulässigkeit der Entlassung, vielmehr ist in jedem konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden ist³⁾.

1) s.o. FN.

2) Die Vielgestaltigkeit des Lebens schließt eine nur einigermaßen vollständige Aufzählung der in Betracht kommenden Gründe aus, Hueck, KSchG, Einl.III 4 f

3) so richtig BAG AP Nr.8 zu § 124 a GewO

Diese Ansicht bestätigt sich auch für das Verhältnis der Betriebsbußen zur strafweisen Entlassung. Wenn die hierfür aufgestellten Bußtatbestände Grundlage sowohl zur Verhängung von Betriebsbußen als auch zur strafweisen Entlassung sein sollen, so lassen sich diese Tatbestände nicht gleichzeitig als absolute Kündigungsgründe für die aoK auffassen. Denn dann wäre die aoK bei jeder Verfehlung von vorneherein gerechtfertigt, so daß die Betriebsbußen in diesen Fällen überflüssig wären.

3. Ergebnis

Eine Präzisierung von wichtigen Kündigungsgründen ist möglich, so daß sie mit bestimmten Bußtatbeständen der Betriebsbußen übereinstimmen. Derartige Vereinbarungen haben aber keine absolute Wirkung. Sie sind auch nicht zwingend erforderlich, da die aoK immer nur dann zulässig ist, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden ist. Dem widerspricht es auch nicht, daß Betriebsbußen nur in abschließend bestimmten Fällen möglich sind. Dies hat nämlich nur zur Folge, daß die Betriebsbußen eben nur in diesen Fällen als mildere Mittel gegenüber der aoK in Frage kommen können.

III. Der wichtige Grund bei der strafweisen Entlassung

Ist eine abschließende Vereinbarung von wichtigen Kündigungsgründen weder zulässig noch erforderlich, so bleiben damit Fälle, in denen die Entlassung als Sanktion erfolgt, ohne daß hier die Anwendung von Betriebsbußen möglich gewesen wäre. In solchen Fällen ist die Abmahnung das einzige mildere Mittel, das dem Arbeit-

geber vor der ultima ratio der Entlassung zusteht¹⁾. . In diesen Fällen besteht die Gefahr, daß der Arbeitgeber voreilig zum Mittel der Entlassung greift. Es fragt sich daher, ob die strafweise Entlassung selbst nicht auch einer strengeren Beurteilung unterzogen werden muß.

Bei der Frage, ob eine strafweise Entlassung selbst gerechtfertigt ist, ist davon auszugehen, daß Anknüpfungspunkt für diese Maßnahme eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ist. Allein die Bedeutung der Pflichtenverletzung für das Arbeitsverhältnis kann daher Beurteilungskriterium für die Frage der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sein. Maßgebend ist also allein das spezialrepressive Element der Sanktion. Als unzulässig muß es dagegen erachtet werden, wenn die Entlassung aus generalpräventiven Gesichtspunkten verhängt wird. Denn dadurch würde die Kündigung zu einem allgemeinen betrieblichen Disziplinierungsmittel verfremdet, das durch exemplarische Anwendung abschreckend die betriebliche Ordnung sichern will. Derartige ordnungspolitische Funktionen dürfen der Kündigung als spezifisch vertragsrechtliche Sanktion aber nicht zukommen. Bei der strafweisen Entlassung liegt ein wichtiger Grund daher nur vor, wenn

1) Zu denken wäre zwar auch an eine Versetzung. Deren Anwendungsbereich ist bei der verhaltensbedingten Kündigung aber äußerst eingeschränkt. Denn da die Versetzung in der Regel als Änderungskündigung vorgenommen werden muß (vgl. o. § 10), sind für die Zulässigkeit der Versetzung die allgemeinen Kündigungsvoraussetzungen maßgebend (vgl. BAG NJW 73, 1819). Liegen daher die Kündigungsvoraussetzungen vor, so steht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den geänderten Bedingungen allein im Ermessen des Arbeitgebers, da ihn die Kündigung ja auch zur endgültigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt.

das konkrete Verhalten des einzelnen Arbeitnehmers die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, dagegen nicht schon dann, wenn aus Gründen der betrieblichen Ordnung eine Entlassung erforderlich erscheint.

IV. Verfahrensvoraussetzungen bei der strafweisen Entlassung

Da auch die strafweise Entlassung echte Kündigung bleibt, gelten für diese auch die formellen Voraussetzungen. Vor einer Entlassung ist also der Betriebsrat zu hören, vgl. § 102 BetrVG¹⁾. Dagegen wird die Entlassung nicht dadurch, daß sie strafweise erfolgt, zu einer zustimmungsbedürftigen Maßnahme²⁾. Zwar ist an dieser Ansicht unbefriedigend, daß für die mildernden Maßnahmen der Betriebsbußen bei der Verhängung die Zustimmung des BR erforderlich ist, dieses Ergebnis ist jedoch de lege lata hinzunehmen³⁾. Darüberhinaus besteht auch jetzt schon nach § 102 Abs.6 BetrVG die Möglichkeit, durch BV die Zustimmungsbedürftigkeit einer Kündigung zu vereinbaren. Insoweit kann also auch jetzt schon Einheitlichkeit zwischen den Betriebsbußen und der Entlassung hergestellt werden.

V. Rechtsschutz gegen strafweise Entlassung

Die R_echtmäßigkeit einer strafweisen Entlassung kann der Arbeitnehmer wie jede andere Kündigung auch durch eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht überprüfen lassen (vgl. §§ 13 Abs.1 S.2 i.V. mit 4 S.1 KSchG). Eine andere Rechtsschutzmöglichkeit besteht dagegen hier nicht⁴⁾ und ist auch nicht erforderlich, da ja der Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage

1) vgl. auch Dietz-Richardi, § 87, Anm.134

2) so aber Herschel, aaO., S.68

3) a.A. Zöllner, aaO., S.390; BVerwG AP Nr.2 zu § 66 PersVG, allerdings mit der Folgerung, auch die Verhängung von Betriebsbußen unterliege nicht der Zustimmung des BR

4) so aber Herschel, Betriebsbußen, S.93 ff; Schaper,

schon vollen Rechtsschutz erhält.

Bei der Frage der Rechtmäßigkeit der Entlassung muß das Gericht die hier dargestellten Grundsätze beachten, insbesondere also, ob das Arbeitsverhältnis nicht noch durch Anwendung milderer Mittel korrigiert werden kann.

3. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse und rechtspo- litische Schlußfolgerungen

§ 15: Zusammenfassung der Ergebnisse:

1. Die außerordentliche Kündigung ist nur als letzte Maßnahme (ultima ratio) zulässig. Diese ultima-ratio Funktion wird formal durch die Unzumutbarkeitsformel umschrieben.
2. Die ultima ratio-Funktion der außerordentlichen Kündigung impliziert die Frage nach den möglichen milderer Mitteln, durch die die Kündigung möglichst lang vermieden werden kann.
Als dem Arbeitgeber allein zustehende mildere Maßnahmen gibt es lediglich die vertragliche Abmahnung und die Versetzung, soweit diese auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers gestützt werden kann.
3. Um flexiblere Reaktionsmöglichkeiten auf Pflichtenverstöße zu erreichen, ist es sinnvoll, auch das Institut der Betriebsbußen der außerordentlichen Kündigung vorzuschalten.
4. Entgegen der herrschenden Meinung sind die Betriebsbußen nur als Vertragsstrafen zulässig. Sie sind zu verstehen als ein Instrument nachdrücklicher Pflichtenmahnung im konkreten Arbeitsverhältnis, nicht dagegen als Disziplinarstrafen der Betriebsgemeinschaft.
5. Betriebsbußen können sowohl in Einzelarbeitsverträgen als auch in Kollektivverträgen vereinbart werden. Der Strafcharakter der Betriebsbußen kann aber durch die Kollektivverträge nicht erweitert werden.

6. Die zu Betriebsbußen berechtigenden Tatbestände müssen abschließend geregelt sein. Nur in diesen normierten Fällen sind die Betriebsbußen zulässig.
7. Bei Pflichtenverstößen im Arbeitsverhältnis stellt sich die außerordentliche Kündigung als eine vertragsrechtliche Sanktion dar. Da auch die Betriebsbußen nur als vertragsrechtliche Sanktionen zu verstehen sind, stellt sich die Frage nach einem eigenständigen disziplinären Entlassungstatbestand nicht. Auch die "strafweise" Entlassung wegen eines Ordnungsverstoßes ist allein nach kündigungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.
8. Als vertragsrechtliche Sanktion darf sich die Kündigung wie die Betriebsbußen nur auf die spezifischen Pflichtenverstöße beziehen. Da durch die Kündigung das Arbeitsverhältnis allerdings beendet wird, ist diese nicht mehr als ein Instrument der Pflichtenmahnung zu verstehen, sondern als spezialrepräsentative Konsequenz auf solche Pflichtenverstöße, bei denen das Arbeitsverhältnis nicht mehr in Ordnung gebracht werden kann und daher die Fortsetzung dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten ist.
9. Da sich Betriebsbußen und Kündigung in ihrer Funktion entsprechen und sich nur in ihrer Sanktionshärte unterscheiden, sind diese vor der Kündigung anzuwenden, soweit ein Betriebsbußensystem besteht und die entsprechenden Tatbestände normiert sind. In der Regel wird die Entlassung erst zulässig sein, wenn die mildernden Maßnahmen erschöpft sind.
10. Im übrigen ist bei der strafweisen Entlassung eine strenge Zumutbarkeitsprüfung erforderlich. Für die Beurteilung der Kündigung ist allein maßgebend, ob sie als Reaktion auf die spezielle Pflichtenverletzung wirklich erforderlich war. Unzuläs-

sig ist es dagegen, mit der Kündigung generalpräventive Ziele insoweit zu verfolgen, als ein Ordnungsverstoß exemplarisch mit der Entlassung sanktioniert wird, um damit die übrige Arbeitnehmerschaft von vorneherein abzuschrecken, obwohl die Pflichtenverletzung des Arbeitnehmers selbst nicht so schwerwiegend war, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar gewesen wäre.

11. Die hier vorgeschlagene Lösung, die Betriebsbußen in das Vertragsrecht miteinzubeziehen und sie als mildere Mittel der außerordentlichen Kündigung voranzustellen, berücksichtigt sowohl die Interessen der Arbeitnehmer als auch die der Arbeitgeber. Denn für den Arbeitnehmer wirkt sie sich arbeitsplatzerhaltend aus, indem die Entlassung möglichst lang vermieden wird. Für den Arbeitgeber bedeutet sie ein wirkungsvolles Instrument der Pflichtenmahnung, da er auf die verschiedenen Pflichtenverstöße mit der adäquaten Sanktion reagieren kann und er so nicht gezwungen ist, entweder gar nicht oder gleich mit der Entlassung zu reagieren.

§ 16: Rechtspolitische Erwägungen

Die hier gewonnenen Ergebnisse sollten in einem künftigen Arbeitsgesetzbuch einer klaren Regelung unterzogen werden. Das Institut der "Betriebsjustiz" wird nach dem jetzigen Rechtszustand sehr unterschiedlich beurteilt und in der betrieblichen Praxis auch sehr unterschiedlich gehandhabt¹⁾.

1) vgl. die oben FN.2, S.4 u. FN.5, S.20 angeführte Literatur

Sinnvoll wäre es daher, künftig die auf Pflichtenverstöße zulässigen Maßnahmen einheitlich zu regeln, um damit eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten. Dabei wäre klarzustellen, daß die Entlassung nur als ultima ratio in Betracht zu ziehen wäre und nur zulässig ist, wenn eine Korrektur des Arbeitsverhältnisses durch mildere Mittel nicht mehr möglich ist. Die mildernden Betriebsbußen wären wie die Kündigung klar als vertragsrechtliche Sanktionen zu gestalten. Damit wäre die heute gestellte Frage nach einer eigenen betrieblichen Disziplinargewalt gelöst. Eine solche betriebseigene Justiz darf nicht anerkannt werden. Deswegen dürften die Betriebsbußen in einer künftigen Regelung auch nicht als allgemeine Erziehungsmittel ausgestaltet werden. Ein Disziplinarsystem wie es in der DDR gehandhabt wird, widerspräche unseren verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen.

Dagegen ist das Bedürfnis nach einer flexiblen Sanktionsmöglichkeit bei Pflichtenverstößen im Arbeitsverhältnis kaum zu bestreiten. Hier geht es ja nicht um eine allgemeine Disziplinierung von Arbeitnehmern, sondern darum, die spezifischen Arbeitsverhältnisse durch geeignete Mittel bei Störungen so lange zu korrigieren, bis eine Kündigung nicht mehr vermieden werden kann.

Lebenslauf

Ich wurde am 26.11.1947 als zweiter Sohn des Dipl.Ing. Emil Heller und dessen Ehefrau Elisabeth in Bamberg geboren.Ab Ostern 1954 besuchte ich vier Jahre lang die Völksschule,zuerst zwei Jahre in Offenbach,danach in Bonn. Für Ostern 1958 bestand ich die Aufnahmeprüfung für das mathematisch-naturwissenschaftliche Ernst-Moritz-Arndt Gymnasium in Bonn. Im November 1966 bestand ich dort auch das Abitur.Anschließend leistete ich meine Wehrdienstzeit bei der Bundeswehr ab.Für das Wintersemester 1968/69 immatrikulierte ich mich an der Universität Bonn für das juristische Studium.Im darauffolgenden Semester wechselte ich an die Universität München.Nach insgesamt sieben Semestern unterzog ich mich der 1.juristischen Staatsprüfung 1972/I,die ich mit der Gesamtnote "gut" bestand. Seit September 1972 leiste ich als Referendar meinen Vorbereitungsdienst in München ab.

